



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



3 2044 103 227 070

HOFACKER

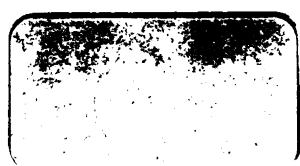
VERHALTNIS DER EXEKUTIV- ZU
DEN KRIMINALSTRAFEN

1906

GER
985.1
HOF

HARVARD
LAW
LIBRARY

Digitized by Google



Vom Verfasser überreicht.

2

Schmayer
Verhältnis der Exekutiv- zu den
Kriminalstrafen (287)

von

W

Holcker

W. Hofacker

Oberamtmann in Stuttgart



Berlin

Carl Heymanns Verlag

1906.

GER.
985.1

HGF
1806
Digitized by Google

+

Sonderabdruck aus dem Verwaltungsarchiv.

MAY 12 1921

Abkürzungen.

- Anschütz = A., Recht des Verwaltungszwanges, Verwaltungsarchiv Bd. 1 S. 389 ff.
- v. Arnstedt . . = A., Das Preussische Polizeirecht Bd. 1, 1905.
- BadVerwZ. . . . = Zeitschrift für Badische Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege.
- Beling = B., Württembergische Prozeßgesetzgebung, 1903.
- Beling St. . . = B., Württembergische Strafgesetzgebung, 1903.
- Binding = B., Handbuch des Strafrechts, 1885.
- Bornhaf . . . = B., Polizeiverfügungsrecht in Preußen im Verwaltungsarchiv Bd. 5 S. 137 ff.
- v. Brauchitsch = v. B., Die Neuen Preussischen Verwaltungsgesetze Bd. 1, 20. Auflage.
- Fischers Z. . . = Dr. Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung zunächst für das Königreich Sachsen.
- Frank = F., Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Aufl., 1901.
- Hänel = H., Deutsches Staatsrecht, 1892.
- Isaac = Dr. jur. Martin Isaac, Zwangsstrafrecht und Zwangsverfahren in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 21.
- Laband = L., Staatsrecht des Deutschen Reichs, 4. Aufl., 1901.
- Löwe = L., Kommentar zur Strafprozeßordnung, 1904.
- Mayer, Otto . = O. M., Deutsches Verwaltungsrecht, 1895.
- Meyer, H. . . . = Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1895.
- Neufkamp . . . = Die polizeilichen Verfügungen usw., Verwaltungsarchiv Bd. 3 S. 1 ff.
- Minl. = Ministerialblatt für die gesamte innere Verwaltung in Preußen.
- Olschhausen . . = O., Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 1900.
- Preger = Dr. Pr., Die Ordnungsstrafe im Reichsrecht, Archiv für öffentliches Recht Bd. 7 S. 365 ff.
- Rosin = R., Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl., 1895.
- Schicker = Sch., Das Polizeistrafrecht und Polizeistrafverfahren in Württemberg, 3. Aufl., 1899.
- Schlusser . . . = Schl., Das Badische Polizeistrafrecht, 1897.
- Schulzenstein = Dr. Sch., Polizeiwidriges Handeln und Vertretung, Verwaltungsarchiv Bd. 14 S. 1 ff.
- Derselbe. . . . Zwang wegen Handlungen Prozeßunfähiger, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 35 S. 475 ff.
- Tezner, = Dr. T., Handbuch des Österreichischen Administruverfahrens, 1896.

Einleitung.

Die Strafgewalt der deutschen Einzelstaaten¹⁾ hat sich die Verfolgung polizeilicher Zwecke und insbesondere die tatsächliche Erzwingung eines Gebots oder Verbots nicht zur Aufgabe setzen können.

Denn das materielle Strafrecht verfolgt — den Fall der Buße und einige bestrittene Fälle ausgenommen — lediglich den Strafzweck, welcher wohl am richtigsten als der Vergeltungszweck bezeichnet zu werden pflegt, und das Strafprozeßrecht unterliegt dem in den Reichs-Justizgesetzen zur Durchführung gelangten Grundsatz der Trennung der Justiz von der Verwaltung. Wo daher die Landesstrafrechte in Anlehnung an überkommene Rechtszustände noch polizeiliche Bestimmungen aufweisen, sind § 4 Satz 2 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz und § 6 des Einführungsgesetzes zur Strafprozeßordnung maßgebend, welche diese polizeilichen Bestimmungen aus dem Strafverfahren ausscheiden und sie den Verwaltungsbehörden überweisen.²⁾

¹⁾ Im Sinne von Kriminalstrafgewalt. Man gelangt zu unbrauchbaren Ergebnissen, wenn man, wie Hänel S. 456—460 im Gegensatz zu S. 422 der Strafgewalt auch die Disziplinar-, Exekutiv-, Ordnungsstrafen unterstellt. Denn die letztgenannten „Strafen“ können weder unter sich noch zusammen mit der Kriminalstrafe unter einen gemeinschaftlichen Oberbegriff gebracht werden; das geltende Recht kennt einen festen Begriff „Ordnungsstrafen“ überhaupt nicht. Vgl. unten A. VIII.

²⁾ Vgl. Art. 13 Abs. 2, 14, 34 I. Abs., 39 Z. 2 Abs. 2 u. I. Abs., 45 des Württ. PStG., Art. 20 ForstStG. und Belling St. Ann. hierzu. Art. 19, 32, 33, 34, 38, 50a, 78, 80, 83, 105, 106, 131 des Bayer. PStGW. Letzteres sieht in Art. 17, 18 u. 59 vor, daß im Strafurteile die Schließung einer Anstalt ausgesprochen wird, in Art. 52 die gerichtliche Verfügung über unerlaubterweise Kollektiertes, in Art. 61, daß dem Verurteilten vom Richter die Verrichtungen eines Totengräbers abgesprochen werden, in Art. 73 u. 105, daß der Richter der Polizeibehörde die Berechtigung zuerkennt, vorschriftswidrige Zustände zu beseitigen. Diese Bestimmungen werden in Bayern noch als geltendes Recht behandelt, sie sind als Strafbestimmungen im Hinblick auf §§ 5 u. 6 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuche nicht haltbar, als strafprozessuale Maß-

Diese strenge Einschränkung auf die im Strafbegriffe liegenden Zwecke konnte sich die Strafgewalt wohl auferlegen, denn sie fand die vollziehende Verwaltung in ihren verschiedenen und über das Gebiet des Strafrechts hinausgreifenden Tätigkeitsgebieten mit der Zuständigkeit ausgestattet vor, ihre im öffentlichen Interesse getroffenen Maßregeln dem, widerstrebenden einzelnen gegenüber erforderlichenfalls durch Anwendung von Zwangsmaßregeln durchzusetzen.

Der bloß auf die Vergeltung begangenen Unrechts gerichteten Strafgewalt des Staates stellt sich sonach seine Zwangsgewalt zur Seite, welche ihre Aufgabe in der Herbeiführung und Erhaltung des Rechtes erblickt. Man sollte glauben, daß diese beiden begrifflich so verschiedenen, aber in ihrem Endzwecke des Schutzes der Ordnung des Gemeinwesens zusammenarbeitenden Gewalten ihr Verhältnis zu einander in einer gegenseitigen Unterstützung und Ergänzung finden. Allein ein Teil der positiven Landesgesetze und die sog. herrschende Verwaltungsrechtslehre lassen in Verkennung des wahren gegenseitigen Verhältnisses der beiden Gewalten eine Durchbrechung und Lahmlegung der Zwangsgewalt durch die Strafgewalt zu und haben damit die Zwangsgewalt in eigenartiger Weise bis zur Unkenntlichkeit³⁾ entstellt.

Soll die Zwangsgewalt auf ihre wahre Bedeutung gehoben werden, so ist ihr in erster Linie die Selbständigkeit gegenüber der Strafgewalt wieder zu geben.

A. Positive Entwicklung des Verhältnisses.

Die Zwangsgewalt des Staates trägt verschiedene Gestalt, sie hat eine Reihe von unmittelbaren Veranstaltungen zur Erfüllung ihrer Zwecke, bei denen sie von vornherein nur darauf rechnet, daß ihr von dritten kein Widerstand entgegengesetzt wird,⁴⁾ und sie hat bei Geld-

regeln und als Verwaltungsmaßregeln verstoßen sie gegen § 6 des Einführungsgesetzes zur Strafprozeßordnung und § 4 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze. Vgl. auch Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 32 S. 304.

³⁾ In Württemberg z. B. hat man von der Bedeutung der Zwangsgewalt keine Vorstellung. Man betrachtet die Ungehorsamsstrafe als Strafe und die anderen Zwangsmittel als ihre Begleitersehung.

⁴⁾ Unmittelbare Handhabung der Verkehrspolizei, Löschen eines Brandes, Handlung der Polizei bei Unglücksfällen oder gemeiner Not.

Leistungen aus öffentlichrechtlichen Forderungen sich die eigene Vollstreckung in einem gesetzlich bis ins einzelne näher umschriebenen Verfahren gewahrt.

Die hier zu untersuchende Seite der Zwangsgewalt bezieht sich auf die Erzwingung solcher Anordnungen der vollziehenden Verwaltung, welche dem Betroffenen ein bestimmtes Handeln oder Unterlassen auferlegen, die Zwangsgewalt im engeren Sinne, die gewöhnlich gesetzlich näher geregelt ist und sich deshalb von den anderen Betätigungen der Zwangsgewalt abhebt.

Der Zwangsgewalt im engeren Sinne stehen begrifflich alle Mittel zur Verfügung, welche ihrem Zwecke dienen.

Die sächsische Gesetzgebung erkennt sie ihr auch grundsätzlich zu; ihre Schranken finden hier die Zwangsmittel lediglich in dem das öffentliche Recht beherrschenden Satze der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs, des Mittels zum Zwecke.

Bei dieser Regelung sind die Exekutivstrafen kaum dem Namen nach besonders hervortretende Zwangsmittel, sie teilen eben das Schicksal der Rechtsfolgen der Zwangsgewalt überhaupt.

In Abweichung hiervon haben die anderen Gesetzgebungen das Bedürfnis empfunden, die Zwangsmittel näher zu bestimmen und zu begrenzen und unterscheiden demnach

1. die Ungehorsams=(Exekutiv=)Strafe als Zwangsmittel,⁵⁾
2. die Zwangserkassvornahme auf Kosten des Verpflichteten,
3. die unmittelbare Gewaltanwendung.

Indem jedem dieser drei Mittel besondere Voraussetzungen zu seiner Anwendung verliehen werden, kann man von drei verschiedenen Begriffen von Zwangsmitteln sprechen, aber die Unterscheidungsmerkmale dieser drei Mittel sind doch mehr untergeordneter Natur,⁶⁾ und alle drei Zwangsmittel teilen das Recht ihres Oberbegriffs der Zwangsgewalt im engeren Sinne.

Während nun die Zwangserkassvornahme und die unmittelbare Gewaltanwendung auch nach der herrschenden Lehre einer Beein-

⁵⁾ Die Ungehorsamsstrafe könnte als Kriminalstrafe ausgebildet sein, in diesem Falle würde der Ungehorsam einfach als allgemein strafbare Handlung aufgefaßt. Die Ungehorsamsstrafe in diesem Sinne scheidet aus der Betrachtung aus; sie tritt für vereinzelte Ungehorsamsfälle in Reichs- und Landesgesetzen auf, ist aber im allgemeinen in keinem Landesgesetz ausgebildet, siehe Nr. C.

⁶⁾ In Preußen spricht man von Exekutionsgraden, Anschuß S. 452 ff.

trächtigung durch die Strafgewalt nicht unterliegen, wird eine solche für das Zwangsmittel der Exekutivstrafe behauptet. Es ist daher das Verhältniß der letzteren zur Kriminalstrafe näher zu untersuchen.

Die Exekutivstrafe ist dasjenige Zwangsmittel, durch welches die vollziehende Verwaltung in Verbindung mit einer besonders erteilten Anordnung ⁷⁾ einen nach Art und Maß näher bestimmten Nachteil — eine sog. Strafe — für den Fall der Nichtbefolgung der Anordnung androht, erforderlichenfalls festsetzt und vollstreckt und hierdurch sowie etwa durch Wiederholung und Verschärfung der Strafe einen Zwang auf den Betroffenen zur Erfüllung der geforderten Leistung ausübt.⁸⁾

⁷⁾ Hoheitlicher Art im Gegensatz zu den auf die staatliche Wirtschaftsführung berechneten. Landesrechtlich können die erzwingbaren Anordnungen noch weiter eingeschränkt sein.

⁸⁾ Die erste umfassende Darstellung des gesamten Zwangsstrafrechts von Isaac wird leider beeinträchtigt dadurch, daß Isaac S. 630/634 in den Begriff der Zwangsstrafe unrichtig und gekünstelt das Moment einer „rechtswidrigen Handlung sui generis“ hineinträgt. Hiernach verlangt Isaac, daß der Androhung der Exekutivstrafe, wenn nicht ein ohnehies rechtswidriger Tatbestand vorliegt, eine vorherige etwa bloß mit Drohung verbundene Anordnung vorausgeht, deren Nichtbefolgung erst die Grundlage für die Exekutivstrafandrohung abgibt. Das positive Recht stützt diese Auffassung nicht, der von Isaac angeführte Art. 15 des preussischen Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann von Anfang an nur für den dort vorliegenden Einzelfall verwertet werden. Das positive allgemeine Zwangsrecht läßt überall eine ursprüngliche Verbindung von Anordnung und Strafandrohung zu, Bornhak S. 164. Den inneren Grund hierfür bildet die umfassende Tragweite der Staatsgewalt und der Zwangsgewalt, welche sich nicht bloß auf die Wiederherstellung rechtswidriger Tatbestände bezieht, sondern sich schöpferisch betätigt, und der Zusammenhang der Exekutivstrafgewalt mit der Zwangsgewalt überhaupt. Beispiel: Die Behörde verlangt aus allgemeinen baupolizeilichen Gründen stärkere eiserne Träger als bisher, anderes massives Material, andere Fundierung, Absperrung, für eine andere Regelung des Straßenverkehrs die Beseitigung bisher auf öffentlicher Straße geduldeten Gewerbebetriebe, für größere Feuersicherheit neue Vorkehrungen an Theatern und Warenhäusern, zur Verbesserung des Feuerlöschwesens neue Anschaffungen, wer wollte behaupten, daß diese und andere auf wechselnden Zweckmäßigkeitsrückichten beruhende Anordnungen rechtswidrige Tatbestände zum Ausgangspunkte nehmen. Aber auch da, wo solche zugrunde liegen, beschränkt sich die Zwangsgewalt auf den Zweck der Erzwingung und überläßt die Seite der Rechtswidrigkeit dem Strafrecht, Zivilrecht oder etwa anderen Gebieten des Verwaltungsrechts. Gerade dieses Absehen von der Mißbilligung der Handlung des Betroffenen als einer rechtswidrigen und die rein geschäftsmäßige Erledigung ihrer Aufgaben bilden die Stärke der Zwangsgewalt, ermöglichen die Erfassung bloßer Rechtssubjekte

Es ist nur ein tatsächliches Verhältnis, daß als angedrohte Nachteile (abgesehen vom sächsischen Rechte) Geldstrafe und Haft erscheinen, reichsgesetzlich steht der Androhung und Verhängung einer anderen Strafart ein Hindernis nicht entgegen, weil die §§ 5 und 6 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch auf die Exekutivstrafen keine Anwendung finden (D. Mayer S. 329).

Aus dem Begriffe dieser Exekutivstrafe und ihrer Stellung in dem Systeme des öffentlichen Rechtes ergeben sich nun folgende ihr Verhältnis zur Kriminalstrafe kennzeichnende Sätze:

I. Die Regelung der Exekutivstrafe ist grundsätzlich Sache der Einzelstaaten. Art. 14 Nr. 13 der Reichsverfassung, welcher die gemeinsame Gesetzgebung über das Strafrecht dem Kompetenzgebiete des Reichs überweist, befaßt sich mit der Exekutivstrafgewalt nicht.⁹⁾

Der innere Grund dieses unbestrittenen Satzes liegt darin, daß das Reich grundsätzlich auch in den seiner Kompetenz unterstellten Angelegenheiten sich nur die Gesetzgebung und Beaufsichtigung vorbehalten hat, während die Verwaltung der eigenen wie der dem Reiche vorbehaltenen Angelegenheiten den Einzelstaaten zukommt und die Exekutivstrafe eben nur ein Teil der Ausübung der Verwaltung, nicht ein Teil des Strafrechts ist.

Hieraus ergibt sich aber bereits der oberste Satz, daß die Reichsgesetzgebung über das Strafrecht und den Strafprozeß in das Recht der Exekutivstrafgewalt der Einzelstaaten nicht eingreifen will¹⁰⁾; wo,

(juristischer Personen, willensunfähiger Personen) durch Exekutivstrafe und sichern der Exekutivstrafe gegenüber der auf polizeilichem Gebiete gehässig wirkenden Kriminalstrafe die ungemeine Konkurrenzfähigkeit.

Die Exekutivstrafe ist nicht, wie Isaac S. 641 annimmt, eine Strafe zweiten Ranges, sondern eine in ihrer Tragweite und Zielbewußtheit über die Kriminalstrafe weit erhabene Maßregel.

Gerade das von Isaac mehrfach angeführte Beispiel der Belagerung einer Stadt spricht gegen ihn; die energische Verteidigung wird auch vom Belagerer nicht als Unrecht, sondern als ehrenhafte Handlung betrachtet.

Richtig Tegner S. 406, die Zwangsstrafe setze keinen deliktischen Willen voraus, ein Schuldmoment sei nicht vorerst zu erheben und festzustellen.

Vgl. im übrigen Schulkenstein, Verwaltungsarchiv Bd. 14 S. 1, 21.

⁹⁾ Laband Bd. 3 S. 359 oben, Hänel S. 459 unter III S. 734 Ziffer 2, Binding S. 275.

¹⁰⁾ Löwe S. 188, Frank Anm. 3 zu § 6 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuche.

wie in Bayern, eine Beeinträchtigung der Exekutivstrafgewalt durch die allgemeine Strafgewalt nach positiver gesetzlicher Vorschrift stattgefunden hat, ist sie eine freiwillig durch die Landesgesetzgebung verursachte Einschränkung, keine durch die Strafgesetzgebung gebotene. Das Reich selbst hat nach den Motiven zu § 3 des Einführungsgesetzes zur Strafprozeßordnung (Hahn, Materialien S. 297) die „Fälle, in denen eine Strafe als Exekutionsmittel, um die Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht zu erzwingen, in Anwendung kommt,“ von den Strafsachen auscheiden wollen und diese Absicht auch in allen Regelungen des Strafrechts verwirklicht.

II. Die so den Einzelstaaten zur freien Ausbildung überlassene Exekutivstrafgewalt ist lediglich eine Betätigung der Verwaltung, welche nicht etwa in die durch § 6 Nr. 3 des Einführungsgesetzes zur Strafprozeßordnung gedeckte Tätigkeit der Verwaltungsbehörden im Strafverfahren fällt, an welcher vielmehr die Gerichte nach § 4 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze keinen Anteil nehmen dürfen; demgemäß entscheiden über ihre Voraussetzungen, ihren Eintritt, ihre Wirkungen und ihr Verfahren lediglich die Verwaltungsbehörden und die Verwaltungsrechtsprechung, nicht die Gerichte. Gegen die Festsetzung der Exekutivstrafe ist ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung unzulässig.

Die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs finden auf sie keine Anwendung, insbesondere ist die Umwandlung einer erkannten Geldstrafe in Haft ausgeschlossen, wo sie vom Gesetze nicht besonders zugelassen ist.¹¹⁾

III. Das Zwangsmittel der Exekutivstrafe ist grundsätzlich im Gegensatz zur Kriminalstrafe eine in das Ermessen der Behörde gestellte Maßregel.

Dies gilt jedenfalls für die Androhung wie für die Festsetzung in der Weise, daß eine geringere als die angedrohte Strafe festgesetzt werden kann (D. Mayer S. 332). Zweifelhaft ist nur, ob dasselbe für die Vollstreckung zutrifft; es wird dies aber grundsätzlich ebenfalls zu bejahen sein. Denn sofern der ganze zugrunde liegende Verwaltungsakt, die Anordnung und ihre Erzwingung, der freien Verfügung der Behörde untersteht, muß dies auch für einzelne Teile gelten. Der Festsetzung der Exekutivstrafe lassen sich Wirkungen eines strafgericht-

¹¹⁾ Jsaac S. 646, D. Mayer S. 330, Schlusser S. 19, Fischers J. 8 S. 207. Nur die württembergische Praxis erkennt diesen Satz nicht an, Schöder S. 117.

lichen Urteils nicht beilegen, demnach hat die Trennung des Verfahrens in Strafverfolgung und Strafvollstreckung nicht dieselbe Bedeutung, wie im Strafprozeß (vgl. Unten X).

Die Rechtssubjekte, denen die Geldstrafen zufließen, sind nur Destinataré, sie haben kein Recht auf den Bezug der Geldstrafe¹²⁾ und können deshalb die vollziehende Verwaltung an die Vollstreckung der Geldstrafe nicht binden.

IV. Der begriffs wesentliche Zweck der Exekutivstrafe ist die Erzwingung einer bestimmten behördlichen Anordnung, nicht die Vergeltung eines begangenen Unrechts, oder welchen anderen begriffs wesentlichen Zweck man schon der Kriminalstrafe gesetzt hat. Allerdings tritt vielfach bei ihrer Betrachtung die Neigung auf, von diesen begriffs wesentlichen Merkmalen abzugehen und die Exekutivstrafe der Kriminalstrafe gleich zu setzen, weil beide Maßregeln von der Behörde verhängte Übel darstellen. Man setzt sich hierbei in Widerspruch mit allen Darstellungen des Strafrechts, welche für den Strafbegriff eine Zweckbestimmung, und zwar eine von der Exekutivstrafe verschiedene, nicht entbehren können, und gelangt zu unannehmlichen Ergebnissen, weil die vielerlei von der Behörde verhängten sonstigen Nachteile aller Art, unter denen die Exekutivstrafe nur ein Beispiel darstellt, ebenfalls als Strafe zu betrachten wären. Die richtige Erfassung des besonderen Zweckes der Exekutivstrafe zeigt sofort deren durchgreifenden Unterschied von der Kriminalstrafe.

Aus dem begrifflichen Zwecke der Exekutivstrafe, ihrer unmittelbaren Beziehung zu dem gewollten Erfolge, folgt nämlich zunächst, daß ihre Höhe zum voraus dem Betroffenen angedroht werden kann und auch anzudrohen ist, — ein im Kriminalstrafrecht im allgemeinen verpöntes Verfahren.

In dieser vorherigen Androhung der Exekutivstrafe in Verbindung mit der von ihr unzertrennbaren behördlichen Anordnung liegt gerade der Schwerpunkt der Exekutivstrafe, die Strafandrohung und ihre Steigerung soll zur Erzwingung der Anordnung und nicht zur Bestrafung führen, deshalb hat sie die Eigenschaft einer selbständigen

¹²⁾ D. Mayer S. 333 behauptet, die einmal ausgesprochene Strafe schaffe ein neues Rechtsverhältnis, welches der freien Verfügung der Behörde nicht mehr unterliege. Die Geldstrafe bilde den Gegenstand eines Forderungsrechts des Staates, auf welches die Behörde nicht verzichten könne. Ähnlich Tegner S. 406 Anm. 1.

rechtsbegründenden Verfügung, nicht diejenige einer bloßen Einschärfung oder Warnung.^{12a)} Wird wider Erwarten das erstrebte Ziel nicht erreicht, so kann erst die Strafe angelegt werden, aber mit der Ansetzung der Strafe wird die Behörde regelmäßig gleichzeitig sofort zur wiederholten Strafandrohung oder zu anderen Zwangsmitteln gedrängt, weil in der Festsetzung der Exekutivstrafe der Zweck dieses Zwangsmittels sich nicht erschöpft, wie bei der Festsetzung einer Kriminalstrafe.

Andererseits steht und fällt die Exekutivstrafe mit dem Zwecke, den sie verfolgt; wird die behördliche Anordnung trotz des Ungehorsams auf andere Weise erfüllt oder gar nicht mehr erfüllbar, so entfällt damit die Exekutivstrafe. Gerade in diesem Punkte zeigt sich so deutlich der eigene Charakter der Exekutivstrafe als Verwaltungsmaßregel und als Zwangsmittel, ihr Unterschied von der Kriminalstrafe.

Die Verwaltungsbehörde, der nur an der Vollziehung ihrer Maßregeln liegt, die Mittel und Zweck für den konkreten Fall ins Verhältnis setzt, will nicht den Ungehorsam als solchen vergelten, sie kennt die Rache nicht,¹³⁾ während das Strafgericht dem Banne der Strafgesetze entsprechend Vergeltung üben muß, die im Einzelfall einen weiteren Zweck, insbesondere den Zweck, ein Gebot oder Verbot wirksam zu machen, nicht hat. Eben darum ist es verfehlt, zu behaupten, die Exekutivstrafe und die Kriminalstrafe verfolgen denselben Zweck (v. Brauchitsch S. 199 Anm. 263 und die herrschende Lehre).

Die Tragweite der herrschenden Ansicht ist allerdings bestritten. Das preussische Oberverwaltungsgericht behauptet den Satz nur für die Straffestsetzung und läßt die Frage für die Vollstreckung offen; Aufschütz S. 455 behauptet ihn auch für die Strafvollstreckung (vgl. auch Tezner S. 406 Anm. 1).

Eine Geldstrafe wird jedenfalls auch nach Wegfall des Zweckes vollstreckt werden können (so badischer Verwaltungsgerichtshof). Allein

^{12a)} Ähnlich wie eine Konventionalstrafe die Handlung des Schuldigen verhindern will. Demgemäß ist die Ausdrucksweise des Gesetzes vielfach „durch Androhung von . . . Strafe anhalten“, vgl. § 130 der Gewerbeordnung, ohne daß von der Festsetzung der Strafe überhaupt gesprochen wird.

¹³⁾ Die württ. Praxis kennt sie (Schäfer S. 266 Anm. 2). Anders Entscheidungen des preussischen Oberverwaltungsgerichts Bd. 2 S. 382, 387, 413 Bd. 7 S. 344, badischer Verwaltungsgerichtshof vom 23. Januar 1900, Reger, Entscheidungen ErgBd. 2 S. 170, BadVerwZ. 1900 S. 121, Hänel S. 458 unten, Aufschütz S. 455, D. Mayer S. 332, Arnstedt S. 83, Tezner S. 405.

dies beruht darauf, daß die Festsetzung einer Geldstrafe ein öffentliches Forderungsrecht erzeugt, dessen Verwirklichung von einem nachträglichen Wegfalle des Zweckes nicht abhängig sein kann. So ist ja auch eine Kriminalgeldstrafe nicht nach Maßgabe der Strafprozeßordnung, sondern der Zivilprozeßordnung und sogar in den Nachlaß des Verurteilten, also nach Wegfall des Strafzwecks und des Verbrechenssubjekts, zu vollstrecken (§ 30 Strafgesetzbuch).

Im übrigen kann daher der Satz wohl auch auf die Strafvollstreckung bezogen werden. Isaac S. 685 ff. erkennt dies vom theoretischen Standpunkt aus an, er betrachtet aber im Anschluß an die herrschende Literatur und Praxis und an Preger S. 421 die Strafvollstreckung als ein notwendiges Korrelat der Straffestsetzung.

Bei der richtigen Entscheidung der Frage ist wohl zu beachten, daß nur wenige allgemeine Zwangsgesetze (Sachsen, Württemberg, Schwarzburg-Rudolstadt, Schwarzburg-Sondershausen) primäre Haftstrafen als Zwangsmittel zulassen. Für vereinzelte Fälle, in denen Reichsgesetze sie zulassen, ist aber der hier vertretene Satz in der Praxis anerkannt.¹⁴⁾

Es stehen der Durchführung der Forderungen der Theorie keinerlei positivrechtliche öffentliche Bestimmungen entgegen. Die Praxis hat die Theorie teilweise anerkannt. Abgesehen hiervon ist aber auf dem ganzen Gebiete des Exekutivstrafrechts zu beachten, daß die Praxis, mag sie auch noch so konstant sein, keine Rechtsquelle ist, daß es vielmehr Aufgabe der Theorie ist, die Verwirrung der Praxis zu beseitigen, in welcher Hinsicht Isaac selbst mit Erfolg tätig war. Die hier vertretene Ansicht befriedigt nicht bloß vom juristischen, sondern auch vom politischen Standpunkt aus, besonders, da sie die so oft vermifste Vollstreckungsverjährung entbehrlich macht und im Einklange steht mit der Forderung, daß die Verwaltungsbehörde auch über die Vollstreckung ihrer Exekutivstrafe grundsätzlich sich die freie Verfügung wahrt. Die Vollstreckung einer primären oder stellvertretenden Haftstrafe nach Wegfall des Zweckes der Erzwingung ist eine der Verwaltungsbehörde völlig fremde Maßregel; sie ist kein Zwangsmittel mehr, sondern eine Strafe für den Betroffenen wie für die Behörde.

¹⁴⁾ Vgl. hinsichtlich des § 69 Abs. 2 Strafprozeßordnung Löwe S. 327, hinsichtlich des § 390 Abs. 2 Zivilprozeßordnung Gaupp-Stein, 8. und 9. Aufl., Bb. 1 S. 885, der §§ 390, 901, 888 Zivilprozeßordnung Isaac S. 688.

V. Die Exekutivstrafe trifft denjenigen, gegenüber welchem eine behördliche Auflage zu erzwingen, welcher also verpflichtet ist, eine Anordnung mit seinen Mitteln zu erfüllen und zu tragen.

Dies können, so sehr im Einzelfalle Zweifel sich ergeben mögen, auch Unmündige und Geistesranke und andere Personen sein, welche nur durch gesetzliche (notwendige) Vertreter, sowie juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechtes, welche nur durch verfassungs- und satzungsgemäße Organe handeln können. Denn die öffentlichen Bestimmungen verlangen ihre Durchsetzung vielfach gegenüber gewissen Rechtssubjekten als solchen (z. B. Eigentümern, Inhabern von Gewerbebetrieben), gleichviel, ob sie handlungs- und verantwortungsfähig sind oder nicht.¹⁵⁾

Da nun weiterhin die Zwangserzatzvornahme und der unmittelbare Zwang in solchen Fällen nur dieses Rechtssubjekt, nicht etwa den Vertreter oder das Organ, treffen können, folgt dasselbe auch für die Exekutivstrafe, welche für alle Fälle der Erzwingbarkeit öffentlicher Anordnungen als ein dem Grade nach gegenüber den genannten Mitteln meist schwächeres Zwangsmittel zugelassen ist.

Der gesetzliche Vertreter oder die Organe der juristischen Person mögen etwa aus dem Vertretungs- oder Vereinsverhältnisse heraus für Versäumnisse in der Erfüllung behördlicher Anordnungen je nach Umständen haften, die Exekutivstrafe richtet sich aber nur gegen das vertretene Rechtssubjekt, nicht gegen den Vertreter oder das Organ. Es bewähren sich hier der untrennbare Zusammenhang der Exekutivstrafe mit der ihr zugrunde liegenden Anordnung und der übrigen Zwangsgewalt und der allgemeine Begriff der Vertretung, welche unmittelbar ist und ihre Wirkungen nicht erst in der Person des Vertreters erzeugt. Dem steht nicht entgegen, daß einzelne Zwangsmittel, wie z. B. Haftstrafe, gegenüber juristischen Personen und gewissen natürlichen Personen unausführbar und nach dem begrifflichen Wesen der Exekutionsstrafe undenkbar sind; das Zwangsmittel der Geldstrafe ist gegenüber allen als Verpflichtete in Anspruch zu nehmenden Personen anwendbar.

Diese von Schulzenstein für das Verwaltungsrecht und für das Gebiet des Zwanges wegen Handlungen Prozeßunfähiger (§§ 887 ff. Zivilprozeßordnung), in letzterem Falle in eingehender und auch für

¹⁵⁾ Beispiele können aus dem in den Einzelheiten bestrittenen Satze entnommen werden, daß der Eigentümer verpflichtet ist, sein Grundstück in polizeimäßigem Zustande zu erhalten (Preussisches Verwaltungsblatt Bd. 18 S. 357, Bd. 34 S. 432, Bd. 40 S. 216, Bd. 42 S. 240, Bd. 43 S. 383).

das Verwaltungsrecht anwendbarer Begründung entwickelten Sätze eröffnen die Aussicht auf eine bedeutungsvolle Fortbildung des bereits überall anerkannten und der preussischen Praxis geläufigen Grundsatzes, daß juristische Personen von der Exekutivstrafe erfaßt werden können (Anschütz S. 451, Arnstedt S. 85, Isaac S. 649, 660), der Verkehrsfähigkeit der obengenannten Personen in Verwaltungsangelegenheiten und insbesondere des staatlichen Zwanges gegen öffentliche Korporationen (vgl. unten VI). Für den Gegenstand dieser Abhandlung zeigen sie die vollständige Wesensverschiedenheit der Exektiv- von der Kriminalstrafe, welche nach ihrem Begriff oder nach geltendem Rechte nur die natürlichen und verantwortungsfähigen Personen treffen kann, und sie führen für das Zusammentreffen des Tatbestandes der Nichtbefolgung einer Anordnung mit dem Tatbestand einer allgemeinen Strafe zu dem wichtigen Ergebnisse, daß die von der Zwangsgewalt und der Exektivstrafe in Anspruch zu nehmende Person eine andere sein kann, als die aus demselben Tatbestande strafrechtlich verfolgbare.¹⁶⁾

VI. Die Exektivstrafe erschöpft ihren Zweck in der Erzwingung einer konkreten behördlichen Anordnung, sie hat im Gegensatz zur Kriminalstrafe nicht den Zweck, eine Handlung des einzelnen zu mißbilligen und letzteren etwa zu einem anderen Verhalten zu bestimmen, sie beansprucht nicht, daß der Betroffene die Handlung als seine eigene vornimmt, sie beansprucht nur, daß die konkrete Anordnung als diejenige einer maßgebenden höheren Gewalt vollzogen wird. Hieraus ergeben sich wichtige Auslegungsregeln: die ihrer inneren Bedeutung nach vollständig gleichen Ungehorsamshandlungen werden von der Exektivstrafe nicht erfaßt, wenn sie nicht in die behördliche Anordnung fallen,¹⁷⁾ der gute Glaube des Betroffenen von der Rechtmäßigkeit seines Handelns wird nicht geschützt,¹⁸⁾ die Exektivstrafe bemißt sich

¹⁶⁾ Beispiel: § 151 Gewerbeordnung sieht die Bestrafung gewisser Stellvertreter und Betriebsleiter vor, der Zwang zur Herstellung des vorchriftsmäßigen Zustandes (z. B. der Herstellung von Arbeiterschutzeinrichtungen, der Anbringung konzeptionsmäßig gebotener Einrichtungen, der Einstellung unerlaubter Betriebe) wird in der Regel das Rechtssubjekt des Gewerbebetriebs in Anspruch nehmen, auch wenn dieses strafrechtlich nicht verantwortungsfähig ist.

¹⁷⁾ Der persönlich zum Betrieb einer Wirtschaft als ungeeignet Erfundene, dem das Wirtschaften in Lokal a unter Androhung von Exektivstrafe untersagt ist, wird von letzterer nicht betroffen, wenn er in Lokal b wirtschaftet.

¹⁸⁾ Er ist einfach auf den Beschwerdebeweg angewiesen; die Schuldfrage ist nicht nach den Grundsätzen des Strafrechts zu beurteilen, sie besteht darin, ob

nicht nach der Art der zu erzwingenden Handlung, sondern nach dem Grade des Bedürfnisses, letztere zu erzwingen. Ihre völlige Unabhängigkeit von der Kriminalstrafe zeigt die Exekutivstrafe in dieser Hinsicht darin, daß sie ein vom Strafgesetz unbedingt mißbilligtes Verhalten je nach ihren Zwecken von ihrem Standpunkt aus dulden kann. Sie kann z. B. den Weiterbetrieb einer unerlaubten Wirtschaft aus Rücksicht für die wirtschaftlichen Interessen des Betroffenen erst mit längerer Terminbestimmung verbieten und es dem Betroffenen überlassen, wie er sich innerhalb der gesetzten Frist mit dem Strafgesetz abfindet. Denn die vollziehende Verwaltung verfolgt ihre eigenen Zwecke, sie ist keine Dienerin der Strafrechtsprechung.

Eine weitere wichtige Folge ergibt sich für den staatlichen Zwang gegenüber öffentlichen Korporationen und juristischen Personen, weil bei ihnen die Willensbildung von der Willensausführung sich unterscheiden läßt. Dieser Zwang wird vielfach dadurch auszuüben gesucht, daß diese Personen gezwungen werden, die staatliche, entgegen dem Willen der betreffenden Korporation ergangene Anordnung zu ihrer eigenen zu machen und sie zum eigenen Beschlusse zu erheben; die Organe, die eine solche Beschlufsfassung verweigern, werden im Wege der Exekutiv- oder gar der Disziplinarstrafe hierzu angehalten.

Eine neuerdings immer mehr sich bahnbrechende Anschauung verwirft diesen Zwang, der die auf ihre pflichtgemäße Überzeugung sich berufenden Korporationsorgane zwingen will, die Ansicht der staatlichen Behörde zu der ihrigen zu machen, und neigt dahin, daß die staatliche Behörde, auf die damit die Verantwortung fällt, ihre Anordnung als ihre eigene zu vollziehen hat und hierzu durch Zwangsmaßnahmen die Korporation als solche anhalten kann, welche die Anordnung als diejenige einer höheren Gewalt, nicht als ihre eigene vollzieht.¹⁹⁾

der Verpflichtete sein Verhalten den gestellten Anforderungen entsprechend gestaltet hat.

¹⁹⁾ Unabhängig hiervon ist besonders bei öffentlichen Korporationen wohl möglich, daß der Zwang nur gegen das Organ als solches, nicht gegen die Korporation gerichtet ist. Daher können höhere Anordnungen gegen solche Organe wie auch gegen Staatsbeamte selbst durch Exekutivstrafe erzwungen werden. Das preußische Recht kennt folgerichtig die Erzwingung von Amtspflichten untergeordneter Beamter durch Exekutivstrafen; Anschütz S. 451 Anm. 115, v. Brauchitsch S. 196. Der preußische Zirkularerlaß vom 5. Juli 1866, Ministerialblatt 1866 S. 133, hebt ganz richtig den Unterschied des Interesses an der Erzwingung einer Amtspflicht von dem Interesse der Disziplin hervor. Das Reichsbeamtengesetz (§ 82 Abs. 3) kennt Exekutivstrafen gegen einzelne

VII. Als besonders hervorstechende Eigenart der Exekutivstrafe wird mit Recht hervorgehoben, daß sie einer beliebigen Wiederholung bis zur Erreichung ihres Zweckes fähig ist und der Satz ne bis in idem im Verhältnisse mehrerer Ungehorsamsstrafen zu einander nicht gilt (Otto Mayer S. 333). Denn dieser Satz ist lediglich im Gebiete des Strafprozesses entwickelt und paßt von vornherein nicht auf die Exekutivstrafe, die als Zwangsmittel ihrem Begriffe zufolge eine wiederholte Anwendung geradezu fordert.

Demgemäß unterscheidet sich die Exekutivstrafe in ihrer Wirksamkeit und Wiederholungsfähigkeit wesentlich von der Kriminalstrafe. Die Kriminalstrafe kann dasselbe strafbare fortgesetzte Tun ebenfalls beliebig oft treffen, aber nur je nach Abschluß des Strafverfahrens, für das gesetzlich gewisse Fristen einzuhalten sind, und das daher begrifflich eine gewisse Dauer haben muß; während des schwebenden Strafverfahrens ist das unerlaubte Tun gewissermaßen gesetzlich anerkannt. Die Exekutivstrafe ist je nach den Bedürfnissen der Verwaltung sofort vorbehaltlich des Ausganges der gegen die behördliche Anordnung, die Strafandrohung und die Straffestsetzung erhobenen Klage oder Beschwerde ausführbar (§§ 53 und 133 des preussischen Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung, Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 31 S. 42) und kann bei beliebiger Wiederholung der Anordnung beliebig oft wiederholt werden, selbst wenn die Frist zur Aufsechtung des ersten Straferkenntnisses noch nicht abgelaufen ist (Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 7 S. 388).²⁰⁾

Beamte und nach Pieper, Reichsbeamtengesetz, 2. Aufl., S. 375 Anm. 8 auch gegen Behörden.

²⁰⁾ Unrichtig Isaac S. 703: Die Wiederholung setze ein rechtskräftig abgeschlossenes früheres Verfahren voraus. Isaac hat die Neigung, aus einigen besonderen Bestimmungen des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit allgemeine Folgen zu ziehen, während die Sätze des Exekutivstrafrechts aus den allgemeinen Zwangsgesetzen der Einzelstaaten und des Reichs abzuleiten sind.

Nach Anschütz S. 455, O. Mayer S. 333 kann die Exekutivstrafe von vornherein für eine ganze Reihe von Fällen angedroht werden, derart, daß sie für jeden einzelnen Ungehorsamsfall verhängt wird (Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 14 S. 333). Das klassische Beispiel für den Satz ist der Fall des unerlaubten Bauens, bei dem in ganz Deutschland der Bau erstellt ist, bis das Strafverfahren glücklich abgeschlossen ist. Die Exekutivstrafe ermöglicht in diesem Falle für jeden der Zeit nach bestimmten Fall des Weiterbauens eine nach dem Grade des Widerstandes steigerungsfähige Exekutivstrafe. Der Bauende sieht sich einer Gewalt gegenüber, die ihren Druck jederzeit aus-

Darin liegt die ungemeine Kraft und Wirksamkeit der Exekutivstrafe im Gegensatz zur Kriminalstrafe, deren Wiederholung von dem Bestraften selbst beeinflusst werden kann. Und darin im Zusammenhange mit der Eigenart der Exekutivstrafe, daß sie vorher im Betrag angedroht und ihre Höhe in das Verhältnis zu dem Widerstande des Betroffenen von vornherein gesetzt werden kann, liegt gegenüber der Kriminalstrafe ihre Fähigkeit, als Zwangsmittel zu dienen.

VIII. Die Exekutivstrafen haben hiernach eine weitgehende Verwandtschaft mit den sogenannten „Ordnungsstrafen“ (Friedländer, Gerichtsjaal Bd. 46 S. 417 ff.). Beispiele solcher Strafen sind die Ordnungsstrafen der §§ 78, 1788, 1837, 1875 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der §§ 14, 37, 319 des Handelsgesetzbuchs, die in den §§ 56 und 96 des Gerichtsverfassungsgesetzes gegenüber pflichtvergeßenen Schöffen und Geschworenen, in den §§ 179—180 gegenüber Störungen der öffentlichen Sitzungen, in den §§ 50 und 69 der Strafprozeßordnung und den §§ 380, 390 der Zivilprozeßordnung gegenüber ausbleibenden und das Zeugnis verweigernden Zeugen für zulässig erklärten Ordnungsstrafen. Ferner das große Gebiet der in den Arbeiterversicherungsgeetzen und in der Gewerbeordnung den Versicherungsanstalten und Innungen als Selbstverwaltungskörpern überlassenen Ordnungsstrafen gegen ihre Mitglieder und der den Aufsichtsbehörden eingeräumten Ordnungsstrafen gegenüber den Organen dieser Korporationen, ferner die Geldstrafen zur Herbeiführung der Zwangsvollstreckung (§§ 887 ff. der Zivilprozeßordnung).

Diese Ordnungsstrafen erscheinen bald als Strafen im Sinne vergeltender Maßregeln, die eine Wiederholung zum Zwecke der Erzwingung einer Handlung nicht zulassen (vgl. §§ 51 und 104 Abs. 2 des Unfallversicherungsgeetzes und Amtliche Nachrichten des Reichsversicherungsamts 1886 S. 93 und 94), bald als reine Zwangsmittel (§ 69 Abs. 2 der Strafprozeßordnung, § 45 Abs. 1, 76a Abs. 3 des Krankenversicherungsgeetzes, § 33 Abs. 4 des Hilfskassengegesetzes) und enthalten in diesem Falle gegenüber der allgemeinen landesgesetzlichen Regelung der Zwangsgewalt die speziellere, den Vorrang behauptende Bestimmung; sie können bald neben den Kriminalstrafen verhängt werden, bald sind sie nach ausdrücklicher Vorschrift gegenüber den Kriminalstrafen subsidiär. Gemeinsam ist ihnen nur, daß sie nicht von den ordent-

üben und beliebig steigern kann, während er im allgemeinen Strafverfahren eine im Höchstmaß ihm bekannte Strafe zu gewärtigen hat.

lichen Strafgerichten gehandhabt werden und die Bestimmungen der Strafprozeßordnung sowie die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs auf sie keine Anwendung finden. Im übrigen ergeben sich ihre Regeln vorzugsweise aus ihrer Zweckbestimmung.

Ist es schon für diese verschiedenen Ordnungsstrafen unmöglich, sie einem einheitlichen Oberbegriffe zu unterstellen, so ist dies noch mehr ausgeschlossen in ihrem Verhältnisse zu den weiteren, in der Reichsgesetzgebung auftretenden „Ordnungsstrafen“ der Zoll- und Steuer-gesetze, welche dem dritten Abschnitte der Strafprozeßordnung unterstehen und eigentliche Strafsachen im Sinne des § 3 des Einführungsgesetzes zur Strafprozeßordnung bilden.

Wenn daher mit dem Ausdruck „Ordnungsstrafe“ ein fester Begriff nicht verbunden werden kann und derselbe dadurch jeder näheren Bestimmbarkeit sich entzieht, daß ihn das Reichsbeamten-gesetz und die Beamten-gesetze der Einzelstaaten auch für Disziplinarstrafen gebrauchen, ist für die Exekutivstrafen nichts gewonnen, wenn sie als Ordnungsstrafen bezeichnet werden (so Beling S. 34), und besonders wäre es vergeblich, aus dieser Unterstellung irgend welche Folgerungen für die Gestaltung der Exekutivstrafe selbst abzuleiten und sie dem allgemeinen Rechte der Ordnungsstrafe zu unterstellen, das es in Wahrheit gar nicht gibt.

IX. Aus den gewonnenen Ergebnissen folgt nun aber auch, daß die Bestimmungen des Strafrechts und des Strafprozeßrechts nicht bloß nach Reichsrechte, sondern begrifflich keine Anwendung auf die Exekutivstrafrechte dulden.²¹⁾ Wenn je einzelne Grundsätze des Strafrechts eine analoge Anwendung auf die Exekutivstrafe nach den Umständen des Einzelfalls zulassen, im ganzen widerstrebt der Begriff der Exekutivstrafe der Unterstellung unter die Grundsätze des Strafrechts, und die Exekutivstrafe folgt ihren eigenen Regeln. Denn prüft man die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze der Reihe nach hinsichtlich ihrer analogen Anwendbarkeit auf die Exekutivstrafe, so ergibt sich, daß höchstens die Verjährungsbestimmungen entsprechend angewandt werden könnten. Indessen bedarf die Exekutivstrafe der mechanischen Verjährungsbestimmungen des Strafgesetzbuchs nicht, da sie die Verjährung in sich selbst trägt.

²¹⁾ Anders Anschütz S. 453. Die Lehre vom Subjekte des Delikts, vom räumlichen Geltungsgebiete des Strafgesetzes, von der Teilnahme, vom Zusammen-treffen mehrerer strafbarer Handlungen passen auf die Exekutivstrafe indessen auch nach den Anschütz'schen Ausführungen nicht.

Im übrigen ist das Exekutivstrafrecht vorzugsweise auf die entsprechende Anwendung des bürgerlichen Rechtes nicht des Strafrechts angewiesen. So auch Isaac S. 650 ff.

X. Die hervorgehobenen Unterschiede spiegeln sich klar wieder in der ganz anderen Gestaltung des Exekutivstrafverfahrens.

Abgesehen davon, daß die einzelnen Grundsätze des Strafprozesses von vornherein keine Anwendung auf das Exekutivstrafverfahren finden können, ist der äußere und innere Aufbau der beiden Verfahren grundverschieden. Während der Strafprozeß seinen Ausgang nimmt von einem in der Vergangenheit liegenden strafbaren Tatbestand, scheidet in Strafverfolgung und Strafvollstreckung und hierbei dem betroffenen einzelnen eine mehr passive Rolle zuweist, setzt das Exekutivstrafverfahren nicht oder jedenfalls nicht notwendigerweise einen Tatbestand voraus, es schafft denselben vielmehr erst durch die behördliche Anordnung, welche ein rechtserzeugender Akt ist, und die Strafandrohung, welche ebenfalls eine vollständig selbständige Bedeutung hat.

Denn nach dem vielgestaltigen positiven Rechte und dessen verschiedenen Zwecken ist die Erzwingbarkeit überhaupt und insbesondere die Erzwingbarkeit durch Exekutivstrafe kein notwendiger Ausfluß einer behördlichen Anordnung,²²⁾ das positive Recht kann geringere Folgen an die Nichtbefolgung behördlicher Anordnungen knüpfen, und im Einzelfalle kann die Behörde selbst die Erzwingung einer Anordnung von Anfang an sich nicht zur Aufgabe setzen. Demgemäß ist die Strafandrohung nicht bloße Mahnung, sondern eine schöpferische Willensfundgebung der Behörde, Art und Maß des angedrohten Zwangsmittels bezeichnen dem Betroffenen Stärke und Richtung des beabsichtigten Zwanges. Hieraus ergibt sich im Exekutivstrafverfahren die Stellung des Betroffenen, der auf die Erfüllung der geforderten Leistung oder aber auf die tätige Gegendaßerung zu der an ihn gestellten Anforderung etwa durch Ergreifung der ihm zu Gebote stehenden Rechtsmittel angewiesen ist und sich nicht nach der Unanfechtbarkeit der Strafandrohung auf deren rechtliche Unzulässigkeit und sachliche Unzweckmäßigkeit berufen kann.

Die selbständige Bedeutung der Strafandrohung und ihr untrennbarer Zusammenhang mit der ihr zugrunde liegenden Anordnung kommt im preussischen Rechte besonders klar darin zum Ausdruck, daß gegen die Androhung dieselben Rechtsmittel stattfinden, wie gegen die

²²⁾ Zu weit geht Anschütz S. 389.

Anordnung, das gegen die Strafandrohung gerichtete Rechtsmittel, von Ausnahmen abgesehen, zugleich gegen die Anordnung sich erstreckt, und zwar selbst in dem Falle, daß letztere an sich infolge von Fristablauf bereits unanfechtbar ist (Schulzenstein, Wiederholte polizeiliche Verfügungen in Verwaltungsarchiv Bd. 9 S. 119).

Mit der Anordnung, der Strafandrohung und dem etwaigen Rechtsmittelverfahren ist aber der notwendige Gang des Verfahrens erschöpft. Das weiterhin nur mögliche und immer von dem Fortbestande des Erzwingungszwecks abhängige Stadium des Verfahrens ist die Festsetzung und Ausführung der Exekutivstrafe.

Ein Stadium der Strafverfolgung hätte nur Raum in der Zeit zwischen der Begehung des Ungehorsams und der Straffestsetzung. Allein das erste (notwendige) Stadium des Verfahrens hat bei seiner beherrschenden Stellung die für das zweite Stadium notwendigen Voraussetzungen bereits so vollständig in sich vereinigt, daß der Übergang zu dem letzteren sich nicht besonders abhebt.

Diese untergeordnete Bedeutung des zweiten Stadiums kommt im preussischen Rechte darin zum Ausdruck, daß gegen die Festsetzung und Ausführung eines Zwangsmittels nur die Beschwerde im Aufsichtswege zugelassen wird. Notwendig ist diese verschiedene Regelung der Rechtsmittel allerdings nicht, es werden auch meistens die Rechtsmittel gegen die Zwangsmittel einheitlich durchgeführt; notwendig ist aber jedenfalls der organische Anschluß der Rechtsmittel gegen das Zwangsmittel an die Rechtsmittel gegen die Anordnung.

Eine Regelung, wie sie Hessen und Württemberg zeigen (vgl. C IV u. VI), ist wohl für alle Zeiten als ein Verstoß gegen die ursprünglichsten Forderungen der Theorie zu betrachten.

XI. Nachdem so Begriff, Wesen und Einrichtung der Exekutivstrafe in ihren Unterscheidungsmerkmalen von der Kriminalstrafe entwickelt worden sind, ergibt sich auch ihr Verhältnis zur Kriminalstrafe in den häufigen Fällen, wenn die zu erzwingende Handlung oder Unterlassung zugleich eine nach den allgemeinen Strafgesetzen gebotene oder verbotene Handlung oder Unterlassung darstellt. Die Frage dieses Verhältnisses kann nur dahin gelöst werden, daß beide Maßregeln ganz unabhängig neben einander bestehen und sich gegenseitig nicht ausschließen. Denn das Verhältnis des Zwangsgesetzes und des allgemeinen Strafgesetzes, um das es sich handelt, ist zunächst das Verhältnis zweier gleichgeordneter Gesetze. Ist das Strafgesetz ein Reichsgesetz, so hat es das Landesgesetz (Zwangsgesetz) nach der verfassungsmäßigen Kompetenz der Reichs-

gesetzgebung und der tatsächlichen Regelung der Reichsstrafgesetzgebung nicht brechen, sondern unberührt lassen wollen. Das Strafgesetz kann bei seiner Beschränkung auf die Verwirklichung des Strafzwecks die aus einer strafbaren Handlung sich ergebenden anderen Folgen, z. B. die zivilrechtlichen,²³⁾ die verwaltungsrechtlichen, nicht regeln wollen, es gibt daher der vollziehenden Verwaltung und ihren auf die Erhaltung oder Wiederherstellung des Rechtes gerichteten Bestrebungen freien Raum.

Das Zwangsgesetz seinerseits kann sich zwar eine Selbstbeschränkung auferlegen wollen, es kann einem besonders energischen Widerstande gegenüber nicht weiter durchgreifen wollen (so z. B. § 69 Abs. 2 der Strafprozeßordnung, § 390 Abs. 2 vgl. mit § 913 der Zivilprozeßordnung, § 1788 BGB.), es kann auch unter dem Einflusse des französischen Rechtes (Bayern) oder der herrschenden Lehre des preussischen Oberverwaltungsgerichts (so vielleicht § 14 der Kaiserlichen Verordnung vom 14. Juli 1905, die Zwangsbefugnisse in den Schutzgebieten betreffend, R.G.Bl. S. 717) kriminell strafbare Tatbestände durch Exekutivstrafe nicht erfassen wollen. Wo diese Selbstbeschränkung aber nicht zum Ausdrucke gekommen ist, wie z. B. in sämtlichen allgemeinen Zwangsgesetzen der Einzelstaaten mit Ausnahme von Bayern und in den meisten Zwangsgesetzen des Reichs, und vielmehr (so besonders Preußen) der Zwang bis zur Durchsetzung der Anordnung mit allen Mitteln nach ihrem Stärkegrade zugelassen ist, liegt eine Schranke für die Exekutivstrafe da nicht vor, wo das wider-

²³⁾ Auf dem Gebiete des früheren gemeinen Privatrechts ist die ganz ähnliche Frage entstanden, ob gewisse, die Erfüllung zivilrechtlicher Verbindlichkeiten bezweckende Privatstrafen neben den Bestimmungen des Strafgesetzbuchs weiter bestehen können. Mandry, Zivilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze, 1885, S. 227 hat dies bejaht.

In dem heutigen bürgerlichen Rechte hat diese Frage an Bedeutung verloren, dagegen tritt die neue Frage auf, ob die Zwangsstrafen des Bürgerlichen Gesetzbuchs und das große Gebiet der Zwangsstrafen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Landesgesetze hierzu subsidiär sind gegenüber dem Strafgesetzbuch ob z. B. dem Vormunde nicht auch solche Pflichten zwangsweise auferlegt werden dürfen, deren Nichterfüllung Untreue im Sinne des Strafgesetzbuchs darstellen würde.

Eine Entscheidung dieser Frage scheint zur Zeit noch nicht getroffen worden zu sein, indessen darf wohl angenommen werden, daß von diesen Zwangsstrafen ohne Rücksicht auf eine etwa konkurrierende allgemeine strafbare Handlung Gebrauch gemacht wird, und dieses Ergebnis ist umso wichtiger, als die freiwillige Gerichtsbarkeit ihrem Wesen nach bloße Verwaltung ist.

strebende Verhalten des einzelnen zugleich eine allgemein strafbare Handlung darstellt; denn gerade in solchen Fällen treten das öffentliche Interesse an der tatsächlichen Erzwingung, die das Strafgesetz nicht leisten kann, und das Bedürfnis nach Anwendung der Exekutivstrafe besonders stark hervor.

Indem das Strafgesetz strafen, aber nicht zwingen, das Zwangs- gesetz zwingen, aber nicht strafen will, können diese beiden Gesetze sehr wohl nebeneinander bestehen; jedes der beiden Gesetze erfüllt begrifflich etwas anderes und hat ein mit dem andern niemals zusammenfallendes Gebiet. Denn sobald es sich um bloßen Zwang und nicht um Strafe handelt, tritt das Strafgesetz außer Tätigkeit, und sobald es sich um bloße Strafe und nicht um Zwang handelt, ist das Zwangsgesetz nicht anzuwenden.

In Wahrheit ist dieses Verhältnis der Zwangsgewalt zur Straf- gewalt auch allgemein anerkannt für die Zwangserfassungnahme und für die unmittelbare Gewalt. Nur für die „Exekutivstrafe“ hat man es nicht anerkannt, wozu das Wort „Strafe“ in der Benennung dieses Zwangsmittels viel beigetragen haben mag. Wenn man einen Unter- schied zwischen Exekutivstrafe und den anderen Zwangsmitteln macht, so vergißt man ganz, daß letztere ihrer praktischen Wirkung nach in der gleichen, ja verstärkten Weise Strafen sind wie die Exekutivstrafe. Die Zwangserfassungnahme führt sogar zu derselben öffentlichen Geld- forderung wie die Exekutivstrafe, und der unmittelbare Zwang kann sich für seine Zwecke desselben Mittels (der Verwahrung, Detention, Haft) bedienen, wie die Exekutivstrafe.²⁴⁾

Sieht man daher auf den wahren Gehalt des Gesetzes und nicht bloß auf den Namen, so steht hiernach das Ergebnis fest, daß die Exekutivstrafe durch die Kriminalstrafe nicht gebrochen wird.

Eine Subsidiarität kann dem Zwangsgesetze nicht zukommen gegen- über dem Strafgesetze, vielmehr nur gegenüber denjenigen Reichsgesetzen, welche die Zwangsgewalt der Behörden als solche zum Gegenstande haben,²⁵⁾ und gegenüber eben solchen spezielleren Landesgesetzen.²⁶⁾

²⁴⁾ Neukamp S. 43 ff. Wenn demgegenüber Rosin S. 108 ff. die be- griffliche Unterscheidung der anderen Zwangsmittel von der Exekutivstrafe hervorhebt, so ist ihm zu entgegnen, daß er gerade die begriffliche Auffassung dieser Frage verwirrt und auf die praktische Beurteilung derselben abhebt.

²⁵⁾ §§ 15, 147, 130 der Gewerbeordnung; § 33, des Hilfskassengesetzes; § 68 Abs. 1 und 3 des Personenstandsgesetzes.

²⁶⁾ Dies ist die wahre Bedeutung des Vorbehalts der württembergischen

B. Kritik der herrschenden Rechtssprechung und Auslegung des Exekutivstrafrechts.

Im Gegensatz zu der unter A XI entwickelten Ansicht wird in der Rechtssprechung und Literatur der Satz ausgesprochen, daß eine durch ein allgemeines Strafgesetz mit Strafe bedrohte Handlung oder Unterlassung nicht auch noch durch eine Exekutivstrafe bedroht oder bestraft werden darf.²⁷⁾

Dieser Satz ist zuerst eingehend von Neukamp bekämpft worden; er wird auch neuerdings von Isaac S. 642 in einer gründlichen Untersuchung des Zwangsstrafrechts widerlegt. Wenn er trotzdem heutzutage noch fast ausschließlich herrscht, ist hieran nicht die mangelnde Überzeugungskraft der Neukampschen Abhandlung, sondern wohl mehr ihre allzu große Gründlichkeit und Ausführlichkeit Schuld, welche den Anschein erweckt, daß der erwähnte Satz viel enthalte, während in Wahrheit gar nichts in ihm steckt als eine Häufung von Irrtümern. Der Satz verdankt seine Entstehung und Aufrechterhaltung der Rechtssprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts, welches ihn in zahllosen Entscheidungen zu vertreten Gelegenheit hatte und bis in die neueste Zeit vertreten hat (vgl. die bei Neukamp S. 2 angeführten Entscheidungen und neuerdings Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts Bd. 32 S. 290 ff.; Preußisches Verwaltungs-Blatt 1898 S. 34 ff., 1905 S. 923).

Dieser gleichmäßigen Rechtssprechung können nur drei Begründungen entnommen werden:

die in der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 12. April 1878, MBl. S. 125, entwickelten beiden Sätze

a) soweit allgemeine Gebote oder Verbote erlassen werden, sei der Erlaß desselben Gebots oder Verbots für den Einzelfall als

Gesetzgebung: „sofern nicht besondere gesetzliche Bestimmungen etwas anderes festsetzen“, der badiſchen und heſſiſchen Gesetzgebung: „für deren zwangsweisen Vollzug ein besonderes Verfahren nicht vorgeschrieben ist“.

So klar dies aus dem Wortlaute des Vorbehalts besonders der badiſchen und heſſiſchen Gesetzgebung hervorgeht, so behauptet die herrschende Lehre doch, daß ihr Satz in den süddeutschen Staaten gesetzgeberisch zur Anerkennung gelangt sei (Rosin S. 107). Unrichtig allerdings auch Neukamp S. 20 und 21. Richtig für Württemberg Deling S. 34 Anm. 2.

Wann hat man denn je einmal das Strafverfahren als ein zum zwangsweisen Vollzuge der Gesetze bestimmtes Verfahren betrachtet?

²⁷⁾ Die Möglichkeit des Zusammentreffens von Exekutiv- und Kriminalstrafe im Sinne des § 73 des Strafgesetzbuch wird von keiner Seite behauptet.

selbständiger Anordnung der Zuständigkeit der Behörde entzogen; solche die allgemeinen Verbote oder Gebote bloß wiederholende Anordnungen gehören daher zu den durch Exekutivstrafe durchzusetzenden Anordnungen nicht;

b) die Androhung von Exekutivstrafen unterscheide sich von der Anwendung unmittelbaren Zwanges dadurch, daß letzterer die verbotene Handlung tatsächlich verhindere, während die Androhung einer Exekutivstrafe es gleich der Kriminalstrafandrohung dem Bedrohten überlasse, dem Verbot auf die Gefahr der Festsetzung der Strafe hin zu trotzen und sich daher virtuell als unberufene Korrektur des allgemeinen Gesetzes darstelle, da die Androhung der Exekutivstrafe zeige, daß in der Kriminalstrafe ein hinreichendes Korrektiv gegen die Verletzung der Autorität der mit der Handhabung der Verordnungen betrauten öffentlichen Gewalt nicht erblickt werde.

Auf diese Entscheidung vom 12. April 1878 beruft sich noch ausdrücklich die Entscheidung vom 2. April 1892, Entscheidungen Bd. 23 S. 384;²⁸⁾

c) der in zahlreichen Entscheidungen vertretene Satz, die Exekutivstrafe sei in solchen Fällen durch den Grundsatz ne bis in idem ausgeschlossen.

Was nun den ersten Satz betrifft, so ist die Aufstellung dieser eigentümlichen Konstruktion der Einzelanordnungen, welche allerdings Anschütz S. 457 in anderer Form wieder aufgenommen hat, etwa in eine Linie zu stellen mit der Auffassung, daß ein Zivilurteil eine bloße Wiederholung dessen sei, was ohne dies Rechtsens ist.

Eine nähere Kritik dieses Teiles der Begründung kann man sichfüglich ersparen, weil ihn das Oberverwaltungsgericht in seiner Entscheidung Bd. 9 S. 281 ausdrücklich und in gleichmäßiger Rechtsprechung stillschweigend, und zwar schon dadurch verleugnet hat, daß es derartigen Einzelanordnungen die Erzwingbarkeit durch unmittelbaren Zwang beigelegt hat.

Der zweite Teil der Begründung ist lediglich eine unzutreffende Betrachtung über die Zweckmäßigkeit und Wirksamkeit der Exekutivstrafen und für den aufgestellten Satz nicht schlüssig. Es stehen ihm

²⁸⁾ Rosin S. 104 hält diese Entscheidung und zwei andere, die sich auf sie berufen, für die bahnbrechenden, deren Ausführungen noch jetzt zu dem Besten gehören, das die Behandlung der Frage aufzuweisen habe. Er selbst verwirft die Begründung a) (S. 110), entzieht der Begründung c) jede Bedeutung, es bleibt ihm also nur die Begründung b) übrig.

alle in A I—XI entwickelten Folgerungen entgegen. Er enthält einen zweifachen Irrtum, indem der allgemeinen Strafe Verrichtungen eines Zwangsmittels, der Exekutivstrafe diejenigen einer allgemeinen Strafe beigelegt werden und so eine Gleichheit beider Strafen herbeizuführen gesucht wird.

Der Grundsatz ne bis in idem endlich, auf welchen das preussische Oberverwaltungsgericht ohne weiteres Bezug nimmt, hat bekanntlich eine ganz spezifische Bedeutung dahin erhalten, daß das durch eine kriminell strafbare Handlung begründete Klagerrecht durch die über dasselbe ergangene rechtskräftige Entscheidung dergestalt verbraucht wird, daß die Strafflage nicht von neuem erhoben werden kann. Der Rechtslehre und der Rechtsprechung ist der Grundsatz nur in dieser Bedeutung bekannt. Auf den in Frage stehenden Fall des Verhältnisses der Exekutiv- zur Kriminalstrafe paßt der Grundsatz also von vornherein gar nicht,²⁹⁾ da es an allen Voraussetzungen seiner Anwendbarkeit, aber auch an allen Anfängen fehlt, die seine entsprechende Anwendung ermöglichen könnten. Wenn aber das Oberverwaltungsgericht, wie man annehmen muß, und Rosin S. 108 annimmt, den Satz etwa in anderem Sinne gebrauchen will als in dem bisher bekannten, so ist ihm die Konstruktion des neuen Gebildes seines „ne bis in idem“, das es bis jetzt nicht geoffenbart hat, zu überlassen.

Der Rechtsprechung des preussischen Oberverwaltungsgerichts liegt wohl unausgesprochen die allgemeine Anschauung zu Grunde, daß einer mit Kriminalstrafe abzüglichen Handlung nicht auch noch durch eine andere „Strafe“, die Exekutivstrafe, entgegen gewirkt werden sollte.³⁰⁾ Diese Anschauung verkennet, daß die Exekutivstrafe, auch wenn sie als Strafe betrachtet werden könnte, jedenfalls Strafe in anderem Sinne ist als die Kriminalstrafe, und daß die Möglichkeit des Nebeneinanderbestehens mehrerer, einen verschiedenen Begriff erfüllenden Strafen in den bestehenden Gesetzen außer Zweifel gestellt ist. Es ist in dieser Beziehung nur darauf Bezug zu nehmen, daß die in § 138 des Strafgesetzbuchs bezeichneten Strafen neben der Ordnungstrafe der §§ 50, 77 der Strafprozeßordnung für zulässig erklärt werden, s. Olshausen Nr. 7 zu § 138 des Strafgesetzbuchs, daß das Nebeneinanderbestehen der Ordnungstrafen in §§ 56, 96, 179, 180 des Gerichtsverfassungsgesetzes, §§ 50 und 69 der Strafprozeßordnung, §§ 380,

²⁹⁾ Löwe, Strafprozeßordnung Anm. 29 a zu Buch II Abschnitt 1.

³⁰⁾ So etwa Rosin S. 105.

390 der Zivilprozeßordnung und derjenigen der Arbeiterversicherungsgesetzgebung, vgl. z. B. Handbuch der Unfallversicherung, 2. Auflage, 1897 S. 439³¹⁾ sowie aller Disziplinarstrafen neben der allgemeinen Strafe anerkannt ist (Pregeser S. 403),³²⁾ daß ferner gerade für die Exekutivstrafen dieses Verhältnis in einzelnen Reichsgesetzen, welche Bestimmungen über die Zwangsgewalt treffen, geregelt ist (§ 68 Abs. 1, vgl. mit Abs. 3 des Personenstandsgesetzes). (Die §§ 15 und 147 Abs. 3 der Gewerbeordnung sind richtigerweise ebenso auszulegen. A. M. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts im MBl. 1879 S. 232 entgegen Entscheidungen Bd. 2 S. 295.)

Sie verkennt weiterhin, daß die Exekutivstrafe Strafe nur im Sinne der Volkssprache ist und von den mit anderen Zwangsmitteln verbundenen Strafen in diesem Sinne, deren Bestand neben den allgemeinen Strafen für zulässig erklärt wird, meist bloß ihrer schwächeren Wirkung nach sich unterscheidet.

Die Anschauung, welcher nach allem keine irgendwie stichhaltige Begründung gegeben werden kann, verstößt aber geradezu gegen den obersten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der behördlichen Eingriffe und insbesondere für das preussische Recht gegen die bestimmte Vorschrift, daß unmittelbarer Zwang nur angewendet werden darf, wenn die Anordnung ohne einen solchen unausführbar ist.

Diese ausdrückliche Bestimmung hätte, wie Neukamp S. 24 ff. richtig ausführt, das Oberverwaltungsgericht von der Aufstellung seines Satzes abhalten sollen; es hat aber, anstatt seine Ansicht nach dem Gesetze zu bilden, das Gesetz nach seiner Ansicht umgebildet, es sagt nicht, weil das Gesetz den unmittelbaren Zwang verbietet, so lange Exekutivstrafe noch zum Zwecke führt, ist Exekutivstrafe jedenfalls dann zulässig, wenn es unmittelbarer Zwang ist, sondern es sagt, weil ich Exekutivstrafe neben der Kriminalstrafe für unzulässig erklärt habe, ist die Anordnung anders unausführbar, und so bleibt nur unmittelbarer Zwang übrig, Preussisches Verwaltungs-Blatt 1905 S. 922.³³⁾

³¹⁾ Motive zum Unfallversicherungsgesetz 1884 S. 91, „daß eventuell neben einer Ordnungsstrafe auch ein gerichtliches Strafverfahren eintreten kann, z. B. wegen Betrugs, Fälschung, bedarf keiner weiteren Ausführung“.

³²⁾ Besonders auffallend für die herrschende Lehre muß die Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 27 S. 391 sein, welche umgekehrt nur untersucht, ob durch § 142 des Invalidenversicherungsgesetzes die Bestrafung wegen Betrugs ausgeschlossen ist.

³³⁾ Rosin S. 111 und 112 verweist demgegenüber auf die Relativität

über die Rechtspfprechung in Sachsen, Baden, Württemberg, vgl. unten C.

Hieran anschließend sind zu erwähnen die Vertreter der Wissenschaft, welche denselben Satz in der Hauptsache mit Berufung auf die Rechtspfprechung des preußischen Obergerwaltungsgerichts behaupten.

G. Meyer, Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts Bd. 2 S. 800, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1893, S. 84. Brauchitsch Bd. 1 S. 199; Anschütz S. 457; Hippel, Handbuch der Polizeiverwaltung, 1905, S. 70, Anm. 8; Hue de Grais, Handbuch der Gesetzgebung „Der preußische Staat“, 1903, S. 410 Anm. 196; v. Arnstedt S. 81; Melken, Das Gewerberecht in Preußen, 1906, Bd. 1 S. 793; v. Landmann, Gewerbeordnung, 4. Auflage zu § 147 S. 465. Eine selbständige Begründung haben dem Satze gegeben:

Löning, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1884, S. 250, welcher sich überhaupt gegen die Konstruktion der Exekutivstrafe als Zwangsmittel wendet.

D. Mayer S. 334: Wenn der Rechtsatz auf einen Tatbestand eine bestimmte Strafe gesetzt habe, so habe er sich dieser Materie bemächtigt, die vollziehende Gewalt könne hierfür Strafe verhängen nur nach Maßgabe seiner Bestimmungen. Die Ungehorsamsstrafe sei aber gleichfalls Strafe trotz ihrer besonderen Natur und deshalb durch die Alleinherrschaft des Rechtsatzes ausgeschlossen. Schließlich sagt er, und hierin scheint er die Stärke seiner Begründung zu finden, die Schranke werde allgemein anerkannt; wo das Gesetz sie nicht ausdrücklich erwähne, entnehme sie die Rechtsübung aus der Natur der Sache.

Rosin S. 103ff. gibt zu, daß bei einer begrifflichen Auffassung die Kriminalstrafe die Exekutivstrafe nicht ausschließe, stellt aber sodann den Satz auf, daß im Verhältnisse der Staatsgewalt zu dem ihr unterworfenen einzelnen die Frage, ob und inwieweit zwei Äußerungsformen der ersteren mit einander konkurrieren bezw. kollidieren, praktisch nur nach der Art und dem Maße des Eingriffs in die persönliche Freiheits-

des Wortes unausführbar. Wichtig ist, daß unmittelbarer Zwang über den Wortlaut des preußischen Gesetzes hinaus gegenüber der Exekutivstrafe das mildere Zwangsmittel darstellen kann. Aber in der Regel ist es das stärkere Zwangsmittel, und das preußische Gesetz hat unzweideutig zum Ausdruck gebracht, daß das schwächere vor dem stärkeren Mittel anzuwenden ist. Dies hat die Theorie zu beachten. Die Unausführbarkeit kann keine Hindernisse betreffen, welche eine Theorie entgegensezt.

und Rechtssphäre des Untertanen auf der einen und der anderen Seite beurteilt werden könne.⁸⁴⁾

In dieser Richtung treffen aber die gesetzliche Strafvorschrift und die behördliche, eine Exekutivstrafe zur Anwendung bringende Zwangsverfügung zusammen. Die Verwendung des behördlichen Strafwanges neben der gesetzlichen Strafe stelle einen Widerspruch zwischen einem Verwaltungsakt und dem Gesetze dar. Wenn hiernach Rosin ähnlich wie Otto Mayer seinen Satz teilweise aus dem Verhältnisse von Verwaltungsakt zum Gesetz ableitet, so bringt er anscheinend den Verwaltungsakt (Anordnung unter Strafandrohung) nur ins Verhältniß zum Strafgesetze.

In Wahrheit leitet der Verwaltungsakt seine Berechtigung nicht ab vom Strafgesetze, sondern vom Zwangsgesetze, welches ein dem Strafgesetze ebenbürtiges Gesetz ist. Es handelt sich daher nur um das Verhältniß der beiden Gesetze zu einander. Rosin hat die herrschende Lehre nach einzelnen Richtungen hin S. 114 ff. näher erläutert. In diesen zu den subtilsten Unterscheidungen führenden Ausführungen stimmt ihm die herrschende Lehre nicht durchaus bei (O. Mayer S. 336 Anm. 19). Borchak S. 166 ff. unterscheidet zwischen gesetzlichem Strafrechte, welches das Verwaltungsstrafrecht (gemeint ist die Exekutivstrafe) absorbiere, und dem Polizeiverordnungsstrafrechte, welches eine Exekutivstrafe nicht ausschließe, schließt sich aber sodann im Ergebnisse Rosin an. Eine abweichende Darstellung von der herrschenden Lehre gibt Hänel S. 458: Die Ordnungsstrafen (welche nach seiner Darstellung die Exekutivstrafen in sich begreifen) und die allgemeinen

⁸⁴⁾ Diese Rosinsche Lehre enthält einen sprunghaften Wechsel zwischen praktischer Auffassung und begrifflicher, je nachdem die eine oder die andere Auffassung der herrschenden Lehre dient.

Das Recht kann der begrifflichen Auffassung nicht entbehren, letztere stellt keine leere Formalistik dar. Indem das Gesetz der Exekutivstrafe anderen Zweck sowie Inhalt und andere Verrichtung gesetzt hat als der Kriminalstrafe, hat es eben zwei verschiedene Gebilde (Begriffe) erzeugt, die nur äußerlich sich gleich sehen, innerlich aber grundverschieden sind und deshalb auch praktisch ganz anders wirken.

Wie zwei Gleichungen von Kurven sich äußerlich ganz gleich sehen, jedoch durch die Änderung eines Zeichens ganz andere Gebilde darstellen (Ellipse-Hyperbel), so können im Rechte durch geringfügig erscheinende andere Begriffssetzungen auch praktisch vollständig verschiedene Rechtsgebilde geschaffen werden. Den Minus- und Pluszeichen der Formeln obiger Kurven entspricht der häufig gebrauchte kurze Ausdruck, daß die Kriminalstrafe auf die Vergangenheit, die Exekutivstrafe auf die Zukunft abzielt.

Strafen schließen sich nicht aus, sondern werden unabhängig von einander verhängt, wenn die Verletzung des subjektiven Rechtes zugleich den Tatbestand eines nach dem gemeinen Strafgesetze strafbaren Unrechtes bilde. Das ne bis in idem treffe hier nicht zu. Denn jede von beiden Rechtsfolgen sei, wie in der Konkurrenz von Straf- und Zwangsmitteln, die Bewährung eines verschiedenen mit dem anderen nicht gleichartigen Rechtes. Allerdings kommt Hänel gleich darauf in einer Anmerkung auf die Rosin'sche Ansicht zurück, die hiervon keine Ausnahme bilde. Ferner S. 460: das Ordnungsstrafrecht könne nach Absicht und Erfolg Zusatzstrafen schaffen. Ferner Neukamp, Preger S. 423, Isaac S. 642, Ulbrich, Lehrbuch des österreichischen Staatsrechts 1883 S. 444—445 Anm. 7, 1904 S. 145, Tezner S. 410.

Standpunkt der Verwaltung.

Ein Einzelerlaß des preussischen Ministers des Innern vom 15. März 1869 und ein solcher vom 25. November 1884 sprechen sich im Sinne der Rechtsprechung des preussischen Oberverwaltungsgerichts aus (Ministerialblatt 1869 S. 74, 1884 S. 262, Reger, Entscheidungen Bd. 5 S. 287). Ebenso eine Einzelverordnung des sächsischen Ministers des Innern vom 24. September 1885 (Regel Bd. 6 S. 153), während eine solche vom 29. Januar 1901 (Fischers Zeitschrift Bd. 22 S. 355) nur auf die gegen Exekutivstrafen sprechenden Bedenken hinweist.

Die unteren Behörden jedoch, welche ihre Anordnungen durchzusetzen haben, welchen mit bloßen Theorien nicht gedient ist, von welchen vielmehr Leistungen und Erfolge in der Verwaltung verlangt werden, haben sich mit der herrschenden Lehre nie abfinden können, und so wird der Satz ne bis in idem noch oft in Veröffentlichungen von Entscheidungen im Verhältnisse der Exekutiv- zur Kriminalstrafe gedruckt zu lesen sein.

Standpunkt der Strafrechtslehre.

Den begriffswesentlichen Zweck der sogenannten Exekutivstrafe, nämlich die Erzwingung einer bestimmten behördlichen Anordnung, hat keine der vielen Strafrechtstheorien als den begriffswesentlichen Zweck der Strafe oder als deren weitergehenden (außerwesentlichen) Zweck bezeichnet (Winding, Grundriß, 1902, S. 163—192, Finger, Das österreichische Strafrecht, 1902, S. 1 ff.).⁸⁵⁾ Im übrigen gelangen die

⁸⁵⁾ Die überwundene Feuerbach'sche Abschreckungstheorie kommt dem Zweckgedanken der Exekutivstrafe noch am nächsten.

verschiedenen Theorien über den allgemeinen Strafbegriff je nach ihrer Auffassung von der Exekutivstrafe dazu, letztere als wahre Strafe zu betrachten (so H. Meyer S. 8 unten, der übrigens die psychologisch wirkenden Zwangsmittel der §§ 390 (355), 888 (774) der Zivilprozeßordnung und der §§ 69 und 95 der Strafprozeßordnung als Erfüllungszwang von der Strafe begrifflich unterscheidet, S. 6 unten, und offenbar den Begriff der Exekutivstrafe nicht richtig erfaßt) oder aber aus dem Strafbegriffe ganz auszuschneiden, und die letztere Auffassung ist die überwiegende und am besten begründete (Binding, Normen Bd. 1, 2. Aufl., S. 501, Handbuch S. 276 vgl. mit Grundriß, 1902, S. 188, Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 13. Aufl., 1903, S. 252, Finger S. 344 unten).

Für die vorliegende Streitfrage ist der Unterschied beider Auffassungen kein erheblicher, weil auch die erstere Auffassung die Exekutivstrafe als eine von der Kriminalstrafe begrifflich verschiedene Strafe betrachtet und sie neben der Kriminalstrafe für anwendbar erklärt.

Wenn man ferner von veralteten Darstellungen des Strafrechts (Heinze, Rubo) abieht, so herrscht zur Zeit unter allen Kommentatoren des Strafgesetzbuchs und Vertretern der Strafrechtswissenschaft Übereinstimmung darüber, daß die Reichs-Justizgesetze die Exekutivstrafe unberührt gelassen haben. Hiermit ist stillschweigend oder ausdrücklich die Anerkennung verbunden, daß die Strafgesetze einer Exekutivstrafe neben einer Kriminalstrafe nicht entgegenstehen. So H. Meyer S. 10 und 11 im Vergleiche mit der 4. Aufl., 1888, S. 15, Binding S. 276: „die sog. Zwangsstrafen sind durch das Strafgesetzbuch selbst dann unberührt geblieben, wenn sie mit dessen Tatbeständen verknüpft sein sollten.“

Bezüglich des Satzes ne bis in idem s. Böwe S. 456.

Für die vorliegende Frage kann dieses Ergebnis unmittelbar nicht verwertet werden, denn die Strafrechtslehre will nur die Tragweite des Strafgesetzes, nicht diejenige des Zwangsgesetzes untersuchen, und es wäre wohl denkbar, daß das Zwangsgesetz sich eine Selbstbeschränkung auferlegen und die durch Kriminalstrafe bedrohten Tatbestände nicht erfassen will. Indem aber die herrschende Verwaltungsrechtslehre ihren Satz nicht aus einer solchen Selbstbeschränkung folgern kann und gefolgert hat, sondern aus Begriff, Zweck und Tragweite des Strafgesetzes, steht die Auffassung der herrschenden Strafrechtslehre der herrschenden Verwaltungsrechtslehre schroff gegenüber. Während die erstere für die Exekutivstrafe das Feld vollständig frei gibt, behauptet

die letztere hartnäckig, daß das Strafgesetz der von ihm zu regelnden Materie sich in einer Weise bemächtigt habe, daß für die Erzwingung eines dem Strafgesetze zugrunde liegenden Tatbestandes durch Exekutivstrafe kein Raum mehr bleibe. Sie steht mit dieser Ansicht, für welche sie sich schließlich nur noch auf die Menge der für sie sprechenden Entscheidungen und die neuerdings übrigens immer mehr zusammenschrumpfende Überzahl ihrer Vertreter, nicht auf das Gewicht ihrer Gründe, berufen kann, gerade auf dem Gebiete des Strafrechts und der Strafrechtslehre, wo sie Beifall finden und die Probe ihrer Richtigkeit aushalten sollte, verlassen da.

Von hier aus läßt sich ein kurzer Rückblick auf die herrschende Lehre werfen. Die preußische Rechtsprechung hat ihren Satz nach vorherigem Schwanken (vgl. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 2 S. 295) im Gegensatz zu der Ansicht älterer Schriftsteller (Franke, Förstemann, vgl. Neukamp S. 14, 15) aufgestellt, der Satz ist sodann von einigen Schriftstellern in mehr referierender Weise wiedergegeben worden. Bald hat sich nun die Rechtsprechung auf die Wissenschaft und zum Danke wieder letztere auf die erstere berufen; so war die „herrschende Ansicht“ fertig, und diese pocht jetzt auf ihre Herrschaft. Sie ist aber durch die reichsgesetzliche Zulassung der neueren sogenannten Ordnungsstrafen neben den Kriminalstrafen, die wissenschaftlichen Strafrechtssysteme und Kommentare sowie die Rechtsprechung des Strafrechts und die neueren Fortschritte der Verwaltungsrechtslehre selbst (vgl. insbesondere Neukamp, Isaac und Schulzenstein) überholt und bedarf dringend einer Neuprüfung ihrer auf das Jahr 1878 zurückgehenden Gründe.

C. Standpunkt der Landesgesetzgebungen.

I. Preußen.

Eine volle Verwirklichung der in A I—XI über das Recht der Zwangsgewalt im Verhältnisse zur Strafgewalt entwickelten Grundsätze und eine folgerichtige Ausbildung eines von strafrechtlichen Gedanken losgelösten eigenen Verwaltungszwangrechts ermöglichen die §§ 132, 133 des preußischen Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 (G.S. S. 195). Dem preußischen Rechte schließen sich die Gesetzgebungen der anderen Norddeutschen Einzelstaaten an, z. B. Sachsen-Meiningen, Sachsen-Altenburg, Sachsen-Koburg-Gotha.⁸⁰⁾

⁸⁰⁾ Gesetz über die Organisation der Verwaltungsbehörden im Herzogtume

Besonders bemerkenswert ist das Gesetz für Schwarzburg-Sondershausen vom 26. Mai 1879, welches für die Vornahme von Handlungen Geldstrafen bis zu insgesamt 1500 *M* oder Haft bis zu insgesamt 6 Monaten, für die Unterlassungen Geldstrafen bis zu 1500 *M* oder Haft bis zu 6 Monaten für den Einzelfall vorsieht, so jedoch, daß die Gesamtstrafe 2 Jahre Haft nicht überschreiten darf.

An Folgerichtigkeit kommt diesen Gesetzgebungen wohl am nächsten

II. Das badische Gesetz

(§§ 30, 31 des Polizeistrafgesetzbuchs in der Fassung des Gesetz-Blatts 1899 S. 745).

Die Natur der badischen Ungehorsamsstrafe als Zwangsmittel hat der badische Verwaltungs-Gerichtshof in der Entscheidung vom 23. Januar 1900 (Zeitschrift für badische Verwaltung 1900 S. 121) eingehend erörtert.

Indessen haben die wissenschaftliche Auslegung und die Rechtsprechung in zweifacher Hinsicht versucht, ihre wahre Natur zu zerstören.

1. Schlusser S. 18 nimmt an, daß die in § 31 des Polizeistrafgesetzbuchs festgesetzten Höchstbeträge der Geldstrafen zugleich das Höchstmaß darstellen, das bei Wiederholung der Strafe alle Strafen zusammengerechnet nicht überschritten werden darf. Irgend welche Anhaltspunkte für diese dem Rechte aller anderer Staaten widersprechende und die badische Exekutivstrafe jeder Bedeutung beraubende Auslegung bestehen indessen nicht. Schlusser behauptet ferner, daß der erwähnte § 31 ein beschränktes Anwendungsgebiet schon mit Rücksicht auf den Grundsatz des § 2 des Strafgesetzbuchs habe.

Schlusser wie die Entscheidung des badischen Verwaltungs-Gerichtshofs vom 13. Februar 1900 (Reg. Ergänzungsband 2 S. 7) und vom 8. November 1904 (Zeitschrift für badische Verwaltung 1905 S. 112) gehen davon aus, daß eine Ungehorsamsstrafe zur Erzwingung einer strafrechtlich gebotenen Handlung nicht zulässig sei.

Gotha vom 11. Juni 1858 §§ 8, 28, 31, 34, Gesetz-Sammlung S. 317, desgleichen im Herzogtume Koburg vom 17. Juni 1858, Gesetz-Sammlung S. 511, Gesetz für Altenburg vom 13. Juni 1876, Gesetz-Sammlung S. 155 und 183, Oldenburgisches Gesetz vom 7. Januar 1879 Art. 4 Gesetz 53, Gesetz für Schwarzburg-Rudolstadt vom 6. Dezember 1892, Gesetz-Sammlung 238, Gesetz für Hamburg vom 23. April 1879, Gesetz-Sammlung S. 110, Gesetz für Lübeck vom 16. Juni 1879, Sammlung S. 90. In Hamburg ist die Exekutivstrafe neben der Kriminalstrafe für zulässig erklärt worden (Dr. Wulff, Hamburgische Gesetze und Verordnungen, 1902, 1. Bd. S. 137 Anm. 1.

Der badische Verwaltungs=Gerichtshof beruft sich für seine Anschauung zum Teil auf Kammerverhandlungen von 1862/63, also aus einer Zeit, in der die Trennung von Straf- und Verwaltungssachen noch nicht durchgeführt war, sowie auf die Rechtsprechung des preussischen Obergerwaltungsgerichts, ohne deren Gründe zu wägen.

III. Sachsen.

Das Recht der Zwangsgewalt ist auf die Bestimmung des § 2 Ziff. 1 des A Gesetzes vom 28. Januar 1835 zurückzuführen. Den Verwaltungsbehörden steht hiernach das Recht zu, „innerhalb ihrer Kompetenz ihre Verfügungen mit Nachdruck durchzuführen und zu dem Ende im allgemeinen (durch Verordnungen) oder in einzelnen Fällen sachgemäße Strafen anzudrohen und zu vollstrecken, mithin auch wegen solcher Strafen, ingleichen wegen öffentlicher Abgaben und Leistungen, gesetzliche Zwangsmittel anzuwenden“. Bestimmungen über die Art und Grenze der zulässigen Zwangsstrafen bestehen im allgemeinen nicht, nur für Bürgermeister, Gemeindevorstände und Gutsvorsteher sind Kompetenzbeschränkungen getroffen.

Das sächsische Recht läßt ebenfalls eine volle Verwirklichung der unter A I—XI entwickelten Grundsätze zu, es gibt der Verwaltungsbehörde den denkbar freiesten Spielraum.

Über das Verhältnis der Exekutivstrafe zur allgemeinen Strafe spricht sich eine Verordnung des Ministers des Innern vom 24. September 1885 im Sinne der Rechtsprechung des preussischen Obergerwaltungsgerichts aus (Fischers Zeitschrift Bd. 6 S. 319, Reger, Entscheidungen Bd. 6 S. 153). Ebenso eine Verordnung vom 29. Januar 1901 (Fischers Zeitschrift Bd. 22 S. 355). Das sächsische Obergerwaltungsgericht hat sich in einem Urteile vom 16. November 1901 (Jahrbuch desselben Bd. 2 S. 205) mit der Frage befaßt, sie vom Standpunkte seiner Entscheidung aus dahin gestellt lassen können,³⁷⁾ indessen trotzdem im Sinne der Rechtsprechung des preussischen Obergerwaltungsgerichts bejaht. In dem Urteile vom 27. Februar 1904 (Jahrbuch des sächsischen Obergerwaltungsgerichts Bd. 5 S. 195) schließt es sich ganz der herrschenden Lehre an, es beruft sich bereits auf seine ständige Rechtsprechung.

IV. Württemberg.

Nach dem zwar knappen, aber entwicklungsfähigen und nur in der Praxis eigentümlich ausgebildeten Art. 2 des Gesetzes vom 12. August

³⁷⁾ Es verneint das Vorhandensein einer allgemein strafbaren Handlung anscheinend ohne zutreffende Begründung.

1879 (Württembergisches Regierungsblatt 1898 S. 149, 1899 S. 458, vgl. D. Mayer S. 330 Anm. 8), welcher sich an den früheren Art. 46 des Polizeistrafgesetzbuchs anschließt, soll die Ungehorsamsstrafe als Zwangsmittel zur Anwendung kommen; nach Art. 5 ist ihre Handhabung ganz den Verwaltungsbehörden überlassen. Obgleich hiernach die in A I—XI entwickelten Grundsätze folgerichtig Anwendung finden müssen, versucht die Praxis doch, die Ungehorsamsstrafe in eine Art von Kriminalstrafe zurückzubilden.

1. Man glaubt, die Ungehorsamsstrafe den §§ 1—77 des Strafgesetzbuchs unterstellen zu müssen, und beruft sich für diese Ansicht auf ihre frühere Stellung innerhalb des Polizei-Strafgesetzbuchs von 1871, auf die „Absicht des Gesetzes“ (Schicker S. 117 Anm. 3 und S. 269 Anm. 7) sowie auf die analoge Anwendbarkeit (Weling S. 34).

Hierbei vergißt man, daß das Gesetz von 1879 nichts anderes ist als eines der 13, die Anpassung der Landesgesetze an die Reichs-Justizgesetze bezweckenden württembergischen Gesetze und der Absicht entspringt, die Ungehorsamsstrafe von den Kriminalstrafen auszuscheiden (Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1877—1879, 1. Beil. Bd. 2. Abt. 644 Z. 1), daß alle württembergischen Motive und Kammerverhandlungen über die Ungehorsamsstrafe ein unsicheres Schwanken zwischen den Auffassungen der Ungehorsamsstrafe als Kriminal-, Ordnungs-, Disziplinarstrafe und als Zwangsmittel zeigen und hiernach zu werten sind, eine analoge Anwendbarkeit der allgemeinen strafrechtlichen Bestimmungen nirgends bewiesen ist. In Wahrheit hat man auch in Württemberg nur die strafrechtlichen Bestimmungen über die Strafumwandlung und die Strafverjährung auf die Ungehorsamsstrafe angewandt, die Anwendung der Bestimmungen über Teilnahme, über Zusammentreffen mehrerer Handlungen ist noch nie versucht worden. Und die Anwendung der Verjährungsbestimmungen wurde nur deshalb als Bedürfnis empfunden, weil die württembergische Praxis in mangelhafter Erfassung der Zwangsnatur der Ungehorsamsstrafe und außer Fühlung mit der Rechtsentwicklung im übrigen Deutschland, wie sie ist, die Ungehorsamsstrafe auch nach Wegfall ihres Zweckes noch in Anwendung bringt.

2. Auch in Württemberg wird zwar nicht von den unteren, wohl aber von den oberen Instanzen und im Anschluß an Schicker S. 268 der Satz behauptet, daß Ungehorsamsstrafen ausgeschlossen seien, wenn die Ungehorsamshandlung zugleich den Tatbestand einer allgemeinen

Gesetzesübertretung bilde. Die Begründung dieses Satzes wird angenommen

a) dem Vorbehalte: „soweit nicht besondere Bestimmungen etwas anderes festsetzen.“ Hierin liegt eine *petitio principii* und eine irrige Auffassung, denn gerade die strafgesetzlichen Bestimmungen lassen die Zwangsgewalt unberührt.

b) den Motiven zum früheren Art. 43 des Polizeistrafgesetzbuchs (Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1870—1872 1. Beil. Bd. 1. Abt. S. 341 Sp. 2 oben und S. 514 Sp. 2 Absatz 1). Hier wird ausgeführt: „Selbstverständlich ist es, daß, wenn der Ungehorsam gegen eine polizeiliche Anordnung den Tatbestand einer Übertretung involviert, die Übertretungsstrafe anzusetzen ist.“ Diese Bezugnahme auf die Motive rechnet nicht mit den Veränderungen der Rechtslage, wie sie inzwischen durch die Reichs-Justizgesetze geschaffen wurden, und insbesondere nicht mit der erfolgten Ausscheidung der Ungehorsamsstrafe aus der Reihe der Kriminalstrafen. Das Verhältnis der Ungehorsamsstrafe zu den allgemeinen Strafen ist in Württemberg durch besondere Bestimmungen nicht näher umschrieben, es richtet sich daher lediglich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, und diese führen wie beim preussischen Rechte zu der unter A XI entwickelten Anschauung. Damit ist ein Ergebnis geliefert, wie es neuerdings im Verhältnisse der Ungebühr zu den Beleidigungsstrafen im Gegensatz zu der früher in Württemberg herrschend gewesenen Ansicht (Schickler S. 272 Anm. 2) als richtig nachgewiesen worden ist (Scheurlen, Ungebühr und Beleidigung, Württembergisches Amtsblatt des M. d. J. 1898 S. 388), und wie es neuerdings auch Beling S. 34 für die Ungehorsamsstrafe anerkennt.

3. Nach dem die Zuständigkeitsbestimmungen beherrschenden Satze des Art. 5 Abs. 1 des Gesetzes von 1879 sind zur Abürung von Ungehorsamshandlungen die mit Strafbefugnis versehenen Behörden zuständig, denen gegenüber sie verübt worden sind. Man könnte hieraus schließen, daß die Befugnis zur Verhängung von Ungehorsamsstrafen nur ein Ausfluß einer sonstigen Strafbefugnis ist, allein dem ist nicht so. Denn nach dem weiteren Inhalte des Art. 5 haben die für zuständig erklärten Behörden in Wahrheit keine sonstige Strafbefugnis in irgend einem Sinne, der Ausdruck Strafbefugnis kann nur die Ungehorsamsstrafbefugnis bedeuten, es liegt ein fehlerhafter Zirkel vor, in dem sich der Gesetzgeber bewegt, weil er einen im Jahre 1818 aufgetommenen Ausdruck: „mit Strafbefugnis versehene Behörden“ in die neue Zeit übernahm.

Es läßt sich daher aus der Zuständigkeitsregelung ein Beweis für die Strafnatur der württembergischen Ungehorsamsstrafe nicht entnehmen.

4. Die Rechtsmittel gegen Ungehorsamsstrafen sind denjenigen gegen Disziplinarstrafen nachgebildet, hiernach ist ein Rechtsmittel gegen gewisse Ungehorsamsstrafen überhaupt nicht zugelassen, gegen andere Ungehorsamsstrafen findet nur eine einmalige sofortige Beschwerde im Sinne der Strafprozeßordnung — das denkbar verfehlteste Rechtsmittel — zum Teil an die vorgesetzte Behörde, zum Teil an den Verwaltungsgerichtshof unter Übergangung der vorgesetzten Behörde statt. Der Umstand, daß die Beschwerde gegen die Ungehorsamsstrafe regelmäßig zugleich eine Beschwerde gegen die Anordnung selbst enthält und das Schicksal der letzteren teilen sollte, hat indessen in der Praxis dazu geführt, daß eine Abänderung von Ungehorsamsstrafen im Aufsichtswege zugelassen und damit auch einer allgemeinen Verwaltungsbeschwerde die Möglichkeit eines Erfolges gesichert worden ist. Alle diese Mängel der Gesetzgebung und noch mehr der Gesetzesauslegung und die Mißachtung der Theorie sind in einer schwächlichen Ausbildung der Ungehorsamsstrafe und der Zwangsgewalt überhaupt zutage getreten. Man betrachtet die Strafandrohung als Warnung und neigt dazu, den Ungehorsam einfach als Deliktstatbestand aufzufassen nach Art einer von allen anderen Staaten bald überwundenen Theorie des 18. Jahrhunderts (Anschütz S. 410).

V. Bayern

(Art. 16, 20, 21 des Polizeistrafgesetzbuchs).

Das bayerische Gesetz kennt Ungehorsamsstrafen als Verwaltungsmaßregeln überhaupt nur zum Vollzuge von Gesetzen, deren Übertretung nicht mit Strafe bedroht ist. Die Frage des Verhältnisses der Ungehorsamsstrafe zur allgemeinen Strafe fällt hierdurch weg. Zur Erzwingung der mit Kriminalstrafe bedrohten Handlungen kennt das bayerische Gesetz vorläufige Ersatzvornahme, im Falle bereits erfolgter gerichtlicher Verurteilung die endgültige Ersatzvornahme. Indessen ist in Spezialbestimmungen die Zwangsgewalt der Polizeibehörde erweitert (Art. 19, 32^a, 33^a, 34^a, 38^a, 83^a, 105^a, 106^a des Polizeistrafgesetzbuchs), auch geht das weitergehende Reichsrecht (§ 15 Abs. 2, § 147 Abs. 3 der Gewerbeordnung) dem bayerischen Rechte jedenfalls vor.

VI. Hessen

Art. 80 des Gesetzes vom 12. Juni 1874 (Regierungsblatt S. 250) regelt die Exekutivstrafe in eigenartiger Weise. Die Androhung der

selben, und zwar von Geldstrafe bis zu 90 Mark, steht dem Kreisrate zu, die angedrohte Geldstrafe selbst ist vom Gerichte nach Art. 80 Abs. 6 auf Antrag des Kreisrats auszusprechen, wenn die zureichende Eröffnung und die Übertretung des Polizeibefehls erwiesen sind.

Ob die Anordnung notwendig, gesetzmäßig und zulässig ist, haben nach hessischer Ansicht die Gerichte nicht zu prüfen, sondern nur die Verwaltungsbehörden (Entscheidungen des hessischen Oberlandesgerichts vom 27. September 1900, Zeitschrift für Staats- usw. Verwaltung in Hessen 1901 S. 1 ff.).

Das hessische Oberlandesgericht nimmt hierbei stillschweigend die Vereinbarkeit dieses Rechtszustandes mit den später erlassenen Reichs-Justizgesetzen an; es betrachtet anscheinend die Exekutivstrafe als Kriminalstrafe für Ungehorsam gegen formell unanfechtbare behördliche Anordnungen, die auf Antrag des Kreisrats in dem von letzterem angedrohten Betrage zu verhängen ist. Diese Kriminalstrafe, welche der richterlichen Prüfung fast keinen Raum gibt, wäre ein Rechtsgebilde von einziger Art. Die positive Entwicklung des Begriffs und Wesens der hessischen Exekutivstrafe zeigt, daß die Strafandrohung der Exekutivstrafe eine dem hessischen Kreisrate verliehene selbständige Verwaltungsmaßregel zur Erzwingung öffentlichrechtlicher Verbindlichkeiten ist, die Strafandrohung also nicht etwa den Charakter einer bloßen Warnung vor Kriminalstrafe trägt. Tatsächlich wird auch in Hessen wie anderwärts durch die Strafandrohung der Zweck — die Erzwingung — in der Regel erreicht. Die nur mögliche weitere Folge der Strafandrohung — die Straffestsetzung — kann als etwas anderes denn als Ausfluß des Zwangsmittels und damit als eine Verwaltungsmaßregel nicht betrachtet werden. Wenn dieser Teil einer Verwaltungsmaßregel im Jahre 1874 in die Hand des Gerichts gelegt worden ist, so entsprach eine solche Regelung der damaligen unvollständigen Trennung der Justiz und der Verwaltung in den süddeutschen Staaten und der Heranziehung der Strafgerichte zu rein polizeilichen Aufgaben. Durch § 4 Satz 2 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz ist aber die Verwendung des Gerichts zu derartigen Verwaltungsgeschäften beseitigt worden; hiernach hat Art. 80 Abs. 6 dem Reichsrechte zu weichen. Zu demselben Ergebnisse gelangt die Untersuchung der Frage, ob die vom Oberlandesgerichte gedachte Art einer Kriminalstrafe überhaupt eine rechtlich zulässige Kriminalstrafe ist. Denn so sehr der materielle Begriff der Kriminalstrafe zweifelhaft sein mag, so ist doch durch die Motive zu § 3 des Einführungsgesetzes zur Strafprozeßordnung und die ihnen

entsprechende Regelung des Strafprozesses sowie die allgemeine Ansicht der Rechtsprechung und Literatur die hierher gehörige Frage außer Zweifel gesetzt, daß die Exekutivstrafen vom Kriminalstrafverfahren ausgeschieden und als Verwaltungsmaßregeln zu betrachten sind. Hiernach bedarf Art. 80 der hessischen Kreisordnung noch der Anpassung an die Reichs-Justizgesetze. Die hessische Gesetzgebung scheint das Bedürfnis hierfür selbst zu empfinden; denn in dem den Landständen zur Zeit vorliegenden Entwurfe zur Revision der hessischen Verwaltungsgesetze ist jetzt der Kreisrat an Stelle des Gerichts zur Festsetzung der Exekutivstrafe für zuständig erklärt.³⁸⁾ Wenn allerdings die Motive diese Änderung damit begründen, daß mit dem Inkrafttreten der Strafprozeßordnung das Gericht nicht mehr auf Antrag des Kreisrats, sondern nur auf denjenigen des Staatsanwalts in Tätigkeit treten könne, so ist damit nur ein ganz nebensächlicher und untergeordneter Punkt berührt. Maßgebend sind vielmehr der völlige Widerspruch des Art. 80 Abs. 6 mit dem Geiste und der positiven Regelung der Reichs-Justizgesetze und die Notwendigkeit, Strafrechtsprechung und Verwaltung zu trennen. Das Verhältnis der Exekutiv- zur Kriminalstrafe ist in Hessen weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung einer grundsätzlichen Erörterung unterzogen worden. Die Verwaltungsbehörden wenden jedoch in der Praxis die Exekutivstrafe auch zur Erzwingung der durch Kriminalstrafe bedrohten Tatbestände, z. B. zur Erzwingung der Einstellung unerlaubter Bautätigkeiten, an und haben hierzu für einzelne Fälle eine Grundlage in gesetzlichen Bestimmungen.³⁹⁾

Der hessische Richter darf die Rechtmäßigkeit einer derartigen Strafandrohung nicht prüfen und ist durch § 73 des Strafgesetzbuchs genötigt, die Exekutivstrafe je nach Umständen als durch eine Kriminalstrafe absorbiert zu betrachten, je nach Umständen würde die Exekutivstrafe eine Kriminalstrafe absorbieren; wie der hessische Richter ein solches Dilemma löst, ist unaufgeklärt. Die Verfahrensbestimmungen waren nach dem bisherigen Rechte (Art. 80 Abs. 5) teils unklar teils unausführbar (Motive zum neuen Entwurfe S. 229); aber auch der neue Entwurf befriedigt nicht, er gibt gegen die Strafandrohung die auf gesetzliche Mängel zu stützende Verwaltungsstreitklage, gegen die

³⁸⁾ Art. 214 des Entwurfes, Drucksachen der 2. Kammer der Stände 1905—1908 S. 166, 230—231.

³⁹⁾ Vgl. Art. 80 der VO. vom 30. April 1881 und den Ausdruck „überdies“ baselbst, Braun, Verfassung und Verwaltungsrecht des Großherzogtums Hessen 3. Aufl. des Rühlerschen Handbuchs Bd. 4 S. 198.

Strafrestsetzung eine auf andere Weise beschränkte einmalige Klage; es fehlt an einem organischen Anschlusse dieser Rechtsmittel an diejenigen gegen die Anordnung selbst.

Ein Gesamtüberblick über die süddeutschen Gesetzgebungen zeigt, daß sie hinter den mit größerer Folgerichtigkeit entwickelten norddeutschen zurückstehen und dem Sage *pe bis in idem* des preußischen Oberverwaltungsgerichts nicht als Stützpunkte dienen können.

Diese Gesetzgebungen werden in interessanter Weise beleuchtet durch das hier anhangsweise aufzuführende

österreichische Recht.

Zum näheren Verständnisse desselben ist zu beachten, daß Österreich ein Polizeistrafrecht im juristischen Sinne hat. Dieses ist verwendbar gemacht für die Zwecke der Verwaltung einmal nach der Art und der Höhe der Strafandrohungen,⁴⁰⁾ sodann nach der Regelung des Verfahrens, sofern es ausschließlich der Zuständigkeit der politischen Behörden überlassen ist und im Ministerium des Innern gipfelt. Nun ist besonders bemerkenswert, daß das österreichische Recht für den Fall des Zusammentreffens von Polizei- und krimineller Strafe grundsätzlich das Kumulationsprinzip gelten läßt, obgleich es für das Zusammentreffen mehrerer gerichtlich strafbarer Handlungen das Absorptionsprinzip (mit Strafverschärfung) aufgestellt hat. Nur in einzelnen Fällen (z. B. § 136 der Gewerbeordnung) ist nach besonderer Vorschrift die Polizeistrafe hinter den gerichtlichen Strafen subsidiär, während in anderen Einzelfällen (§§ 103 und 105 des Gefälligstrafgesetzbuchs vom Jahre 1835, § 11 der Kaiserlichen Verordnung vom 20. April 1854, Reichsgesetzblatt S. 345) das Kumulationsprinzip ausdrücklich anerkannt ist. Die Exekutivstrafe als Teil der im österreichischen Rechte ausgebildeten Verwaltungsexekution (Zwangsvollstreckung, vgl. Österreichisches Staatswörterbuch 1897, Zwangsvollstreckung in Verwaltungssachen, Bd. 2 S. 1660) tritt bei dem Vorherrschen der Polizeistrafe an Bedeutung zurück, sie ist aber in §§ 6 und 7 der Kaiserlichen Verordnung vom 20. April 1854 und in einzelnen Gesetzen (vgl. § 250 des Gesetzes vom 25. Oktober 1896 über die direkten Personalsteuern, Reichsgesetzblatt S. 673, § 13 des Gesetzes vom 15. November 1867 über das Vereinsrecht, Reichsgesetzblatt S. 377, Hilfskassengesetz vom 16. Juli 1892, Reichsgesetzblatt S. 901) als Zwangsmittel geregelt

⁴⁰⁾ § 131 der Gewerbeordnung vom 20. Dezember 1859 sieht z. B. Geldbußen bis zu 400 fl., Arrest bis zu 3 Monaten und Gewerbeentziehung vor.

und wird zutreffendenfalls mit der Deliktstrafe aus der folgerichtigen Entwicklung ihres Begriffs heraus kumuliert.⁴¹⁾

Allerdings wird von Tezner S. 408 ff. angenommen, daß § 7 der Kaiserlichen Verordnung vom 20. April 1854 nur im allgemeinen die zum Zwecke führenden Vollzugs- und Exekutionsmittel den Behörden einräume, daß aber in Ermangelung einer näheren Begrenzung dieser Kompetenz die Zuständigkeit im einzelnen durch besondere gesetzliche Ermächtigung gedeckt sein müsse. Die Frage, ob sich der erwähnte § 7 indessen nicht auch im Sinne des sächsischen Rechtes auslegen läßt, sofern die Exekutivstrafe nicht wie die Kriminalstrafe einer Begrenzung begrifflich bedarf, kann hier offen gelassen werden.

D. Bedeutung der Frage.

Die herrschende Ansicht bedeutet vom theoretischen Standpunkt aus eine Verschärfung der Zwangsgewalt, der von vornherein die äußersten Zwangsmittel gestattet werden, vom praktischen Standpunkt aus jedoch eine Schwächung und Durchbrechung, wenn nicht eine vollständige Aufhebung der Zwangsgewalt für ihre wichtigsten Anwendungsgebiete. Denn die Ersatzvornahme hat ihr beschränktes Anwendungsgebiet, und zu dem unmittelbaren Zwange, der je nach Umständen nur durch Verwahrung des Verpflichteten, Eindringen in die Wohnung, Handanlegung, Dragonereinquartierung zum Zwecke jederzeitiger Bereithaltung unmittelbarer Gewalt, Waffengebrauch, ausgeübt werden kann und vielfach überhaupt praktisch nicht anwendbar ist, hat die Behörde in den meisten Fällen weder die Mittel noch die Lust, die dazu gehört, solche äußerste Mittel zu einfachen Zwecken nur deshalb zu verwenden, weil eine bloße Theorie die leicht zum Ziele führenden Mittel der Exekutivstrafe versagt. Und jedem im praktischen Dienste stehenden Beamten ist bekannt, daß die Schwierigkeiten, wenn man der herrschenden Lehre folgen will, nicht enden, sondern erst beginnen. Die Behörde steht bei der einfachsten unanfechtbaren Anordnung der Frage gegenüber, ob die Nichtbefolgung dieser Anordnung nicht etwa zugleich den Tatbestand einer allgemein strafbaren Handlung bildet. Da der letztere meist einen weiteren Tatbestand enthält⁴²⁾ und in seiner näheren Um-

⁴¹⁾ Ulbrich, Lehrbuch des österreichischen Staatsrechts, 1883, S. 444/445 Anm. 7, 1904, S. 145, Tezner S. 410.

⁴²⁾ Vgl. z. B. eine auf baupolizeilichem Gebiete getroffene Anordnung im Verhältnisse zu landesgesetzlichen Strafbestimmungen auf diesem Gebiet und zu § 367 Ziff. 14 des Strafgesetzbuchs, § 147 Abs. 1 Ziff. 4 der Gewerbeordnung.

grenzung oft das Gebiet vielerörterter Streitfragen ist, muß die Behörde alle diese für die Ungehorsamshandlung gar nicht in Betracht kommenden Streitfragen neben den allgemeinen, viel umstrittenen Streitfragen des Strafrechts mituntersuchen, sie muß Entscheidungen, die der Strafrichter erst nach Erschöpfung eines langen Prozeßverfahrens und sorgfältiger Untersuchung aller einschlägigen Punkte treffen kann, als Vorfragen gewissermaßen aus dem Handgelenke treffen. Wenn sie dann zu der Ansicht gelangt, daß ein allgemein strafbarer Tatbestand vorliegt, muß sie prüfen, ob Identität zwischen Delikt und Ungehorsam vorliegt und sich in alle die Streitpunkte einarbeiten, die Rosin S. 107, 114—120 nur andeutet; sie muß nach Rosin weiter prüfen, ob Identität der Straf- und Zwangsmittel vorliegt, und wird in dieser Hinsicht die Identität in wichtigen Fällen, insbesondere z. B. auf dem Gebiete der Gewerbeordnung, leugnen müssen, weil deren Strafbestimmungen meist nur primäre Geldstrafen vorsehen, während das Zwangsgezet z. B. in Württemberg primäre Haftstrafe zuläßt, andererseits sich aber wieder sagen müssen, daß die Rosinsche Lehre von der Identität der Mittel, so wie sie ausgesprochen ist, nicht gemeint sein kann. Wenn sie nach allem eine Konkurrenz von Exekutiv- und Kriminalstrafe für vorliegend halten muß, hat sie zunächst einmal das Ergebnis der Strafuntersuchung abzuwarten. Wird nun der Verpflichtete freigesprochen, so muß sie erst die Tragweite der Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts prüfen und wird erkennen, daß das Oberverwaltungsgericht den Satz ne bis in idem auch dann schon für verletzt gehalten hat, wenn die strafrechtliche Verantwortung aus subjektiven Gründen weggefallen ist (Reger, Entscheidungen Bd. 7 S. 359, Preußisches Verwaltungs-Blatt Bd. 14 S. 453 und 768), daß aber wieder andere Entscheidungen auf eine andere Ansicht hinweisen (Reger Bd. 14 S. 93). Wird der Verpflichtete strafgerichtlich verurteilt, so gestattet die herrschende Lehre der Behörde die Beseitigung normwidrig geschaffener Zustände durch Exekutivstrafe, es darf aber nach der folgerichtigen Lehre ja nicht etwa damit zugleich die Wiederholung oder Fortsetzung eines Delikts getroffen werden, indessen steht die Behörde in den Einzelheiten dieser Lehre bereits wieder einer Spaltung der herrschenden Lehre gegenüber (D. Mayer S. 334 gegen Rosin S. 119, 120). Ist die Behörde andererseits von Anfang an zu der Überzeugung gelangt, daß eine allgemein strafbare Handlung wegen des Fehlens eines Tatbestandsmerkmals oder der ungenügenden Erfüllung der subjektiven Seite der Handlung nicht vorliegt, und hat sie die Exekutivstrafe angewandt, so hat

sie eine Aufhebung der Exekutivstrafe wegen angeblichen Verstoßes gegen den Satz *no bis in idem* zu gewärtigen, da von der oberen Behörde oder dem Verwaltungsgerichte vielfach obenhin und etwa nach bereits eingetretener Verjährung der Strafverfolgung behauptet wird, es liege eine allgemein strafbare Handlung vor. Kurz die Behörde steht bei den einfachsten Fragen vor den schwierigsten Verhältnissen und ist in ihrer Tätigkeit überall gebunden. Außer dieser hervorragenden praktischen Bedeutung für die Durchführung der Gesetze hat die Streitfrage noch weitere Bedeutungen, sie greift mitten hinein in die Frage des Verhältnisses der vollziehenden Verwaltung zur Strafrechtsprechung. Denn man wird wohl nicht fehlgehen, wenn der tiefere innere Grund der herrschenden Lehre darin erblickt wird, daß sie sogenannte Konflikte zwischen Verwaltung und Strafrechtsprechung abzuschneiden sucht. Da die Gerichte zur Verneinung des Vorhandenseins einer strafbaren Handlung gelangen können, wenn die Verwaltungsbehörde aus derselben Handlung die zwangsweise Durchführung ihrer Anordnung folgert, ergeben sich scheinbare Konflikte, die in Wahrheit in der Verschiedenheit der für das Zwangs- und das Strafgesetz maßgebenden Tatbestände ihren Grund haben, es ergeben sich aber auch wirkliche Konflikte, welche lediglich auf eine verschiedene Beurteilung derselben Tatbestände seitens des Strafgerichts und der Verwaltungsbehörde zurückzuführen sind. Diese Konflikte treten äußerlich im Verhältnisse der Kriminal- zur Exekutivstrafe nur deshalb besonders greifbar hervor, weil es sich dem Namen nach um dieselbe Sache, um eine Strafe, handelt, dem innern Gehalte nach sind sie im Verhältnisse zur Ersatzvornahme oder zum unmittelbaren Zwange in verstärktem Maße vorhanden. Der Gedanke, sie zu vermeiden, führt daher folgerichtig zur Versagung der Zwangsmittel für die Durchführung der behördlichen Anordnungen überhaupt, eine Forderung, die im politischen Kampfe von den auf die Schwächung der Staatsgewalt bedachten Parteien in der Tat geltend gemacht zu werden pflegt, und die in den süddeutschen Staaten zu der dort eigentümlich schwächlichen Ausbildung und Auslegung der Zwangsgewalt geführt hat, deren Erfüllung aber von den auf das Staatswohl bedachten Gewalten im Ernste nicht beabsichtigt werden kann (Anschütz S. 461, Neukamp S. 91 Zeile 8—12).

Ein Versuch zur Milderung der Konflikte ist von Neukamp S. 85 ff. darin als möglich bezeichnet worden, daß den auf Verhütung von Delikten gerichteten polizeilichen Anordnungen nur der Charakter von vorläufigen Maßregeln nach dem Vorgange der Regelung in

Bayern gegeben werde, welche ohne weiteres in Wegfall kommen, wenn in dem nachfolgenden Strafverfahren vor den ordentlichen Gerichten endgültig festgestellt wird, daß der Tatbestand, gegen den sich die polizeiliche Anordnung richtet, eine strafbare Handlung nicht darstellt. Eine derartige Regelung entspreche dem Verhältnisse der Präventivpolizei zur Strafjustiz. Diese Ansicht enthält eine weitverbreitete, indessen unhaltbare Anschauung, von der die herrschende Lehre offensichtlich ebenfalls ungünstig beeinflusst worden ist. Denn der Zweck der Tätigkeit der vollziehenden Verwaltung besteht nicht in einer Hilfeleistung gegenüber der Strafrechtsprechung, in einer Präventiv- und Repressivpolizei; in Wahrheit erblickt vielmehr die Verwaltung in der Verwirklichung ihrer eigenen Aufgaben und der Durchführung der im öffentlichen Interesse getroffenen Bestimmungen aus Gründen des öffentlichen Wohles ihren vornehmeren umfassenderen eigenen Betätigungszweck (richtig Rosin S. 110). Die bezeichnete Lösung, die von unrichtigen Ausgangspunkten ausgeht und auch nicht durchgreift, weil immer noch andere Betätigungen der vollziehenden Verwaltung übrig bleiben, die in Widerspruch zu der Strafrechtsprechung treten können, würde ein eigentümliches Verhältnis der vollziehenden Verwaltung zur Strafrechtsprechung darstellen; während eine strafrichterliche Entscheidung ein genau umgrenztes Wirkungsgebiet hat, welches seine Hauptbedeutung in dem Maße ne bis in idem hat, darüber hinaus aber weder für andere Strafgerichte noch für Zivilgerichte noch für Private bindend ist, soll gerade die vollziehende Verwaltung an eine strafrichterliche Entscheidung gebunden sein, als ob letztere die absolute Wahrheit enthielte. Diese Lösung kann daher wohl nicht versucht werden, es ist vielmehr von dem zur Zeit bestehenden Rechtszustand auszugehen. Hiernach gestaltet sich aber das Verhältnis der vollziehenden Verwaltung zur Strafrechtsprechung im Sinne vollständiger Selbstständigkeit beider Gewalten bei der Beurteilung derselben Tatbestände. Die Verwaltungsbehörde und das Verwaltungsgericht sind an die Entscheidungen der Strafgerichte nicht gebunden (Entscheidungen des preußischen Obergerwaltungsgerichts Bd. 32 S. 294, Preussisches Verwaltungs-Blatt 1905 S. 923, Ulbrich 1883 S. 445 ff., v. Arnstedt S. 63).

Dies trifft zu auf den konkreten Fall, insofern die Verwaltungsbehörde eine Anordnung durchsetzen kann, welche das Strafgericht für unzulässig hält, und es trifft zu in bezug auf Haupt- und Vorfragen, welche die Verwaltung in anderem Sinne lösen kann als die Gerichte,

und besonders in Beziehung auf die sogenannten Rechtsgrundsätze der Gerichte. Das Bestreben der Verwaltung, solche Konflikte zu vermeiden, hätte eine gewisse Berechtigung dann, wenn die Rechtsprechung der Strafgerichte ihr als geschlossene Einheit gegenübertreten würde. Allein dies ist nicht der Fall, weil die betreffenden Fragen, deren Weiterverfolgung in höhere Instanzen die Verwaltungsbehörden nicht in der Hand haben, in der Regel nicht an das Reichsgericht gelangen und die Oberlandesgerichte eine verschiedene Rechtsprechung aufweisen können.

Die Verwaltungsbehörden ihrerseits vermögen eine einheitliche Entscheidung in ihrer höchsten Instanz und etwa im Verwaltungsgerichte zu erzielen. Die Frage, ob eine der beiden Gewalten und welche derselben bei dieser Sachlage den bezeichneten Konflikten ausweichen soll, wird zweckmäßigerweise zu beantworten versucht nicht von Grundbegriffen aus, sondern unter der Betrachtung der hauptsächlichsten Berrichtungen der Strafrechtsprechung und der Verwaltung in den Kollisionsgebieten. Hier treten Gebiete auf, welche als zweifellose Herrschaftsgebiete der Verwaltung anerkannt werden müssen. Es sind besonders die Gebiete der Arbeiterversicherungsgesetze, die durch Strafbestimmungen verschärft werden (§ 34 des Hilfskassengesetzes vom 7. April 1876; §§ 81, 82, 82 b des Krankenversicherungsgesetzes; §§ 179, 180, 181, 182, 184 des Invalidenversicherungsgesetzes; § 141 des Gewerbeunfallversicherungsgesetzes). Es ist kein Zweifel, daß bei Handhabung dieser Strafbestimmungen die Strafgerichte die grundlegenden Begriffe der Arbeiterversicherungsgesetze auszulegen haben, aber es ist ebenso zweifellos, daß die Verwaltung und ihre besondere Rechtsprechung, die im Reichsversicherungsamt ihre Spitze hat, auf diesen Gebieten an die Rechtsprechung der Strafgerichte sich nicht halten (§ 155 des Invalidenversicherungsgesetzes). Es tritt sodann auf das Gebiet der Gewerbeordnung, deren Bestimmungen eine umfassende auf die Ausführung aller einzelnen Teile gerichtete Tätigkeit der Behörden voraussetzt und erfordert, ferner das Gebiet der Viehseuchengesetzgebung, der Schlachtvieh- und Fleischbeschau, auf welchem die Verwaltung ihr auf die tatsächliche Abwehr und Unterdrückung der Viehseuchen und Krankheiten gerichtetes Tätigkeitsgebiet hat und die schwerwiegendsten Eingriffe in die Privatrechtsphäre zur Erfüllung ihrer Aufgaben mit eigenen Mitteln und Veranstellungen vornimmt und näher regelt. Es treten endlich in der Landesstrafgesetzgebung hervor die Gebiete der Gesundheits-, Straßen-, Verkehrs-, Jagd-, Feuer-, Bau-, Wasserpolizei,

welche in der tatsächlichen, ihren Bestimmungen entsprechenden Regelung den Schwerpunkt haben, und nicht in der Festsetzung strafrechtlicher Bestimmungen. Betrachtet man auf diesen gleichen Gebieten die Tätigkeit der Strafgerichte, so ist leicht bemerkbar, daß diese Tätigkeit in Sachen sich bewegt, die von ihnen selbst als Bagatellstrafsachen betrachtet zu werden pflegen. Vergleicht man nun die beiden Tätigkeitsgebiete miteinander, so kann ein Zweifel darüber nicht bestehen, daß die vollziehende Verwaltung auf allen diesen Gebieten eine Tätigkeit ausübt, welche auf die Anwendung aller Bestimmungen und eine sorgfältige Abwägung des Zusammenhanges aller einzelnen an sich vielleicht unscheinbaren Bestimmungen gerichtet ist, daß sie jede einzelne Frage von dem Gesichtspunkt ihrer Einfügung in das ganze System zu behandeln hat, während die Strafgerichte aus Anlaß von Bagatellstrafsachen über die weittragendsten Fragen der wichtigsten Gebiete der Verwaltung meist nur als Vorfragen entscheiden sollen. Und so kann man auch von dieser Betrachtung aus zu einer anderen Auffassung wohl kaum gelangen, als daß die Strafgewalt auf diesen Gebieten zu der Zwangsgewalt der vollziehenden Verwaltung nur hinzutreten, letztere unterstützen, aber nicht durchbrechen will. Eben darum kann aber auch die vielfach verbreitete Anschauung nicht gebilligt werden, daß die verschiedene Beurteilung eines und desselben Tatbestandes durch verschiedene Gewalten desselben Staates unzulässig sei und deshalb die vollziehende Verwaltung die Rechtsprechung der Strafgerichte zu beachten habe. Denn da z. B. in Preußen die vollziehende Verwaltung die Fragen, um die es sich handelt, in ihrer höchsten Instanz und etwa in der Instanz des Oberverwaltungsgerichts zur Entscheidung bringen kann, während diesen einheitlichen Entscheidungen nur die möglicherweise verschiedenen Entscheidungen der Oberlandesgerichte gegenüberstehen, würde es der Stellung dieser beiden Gewalten zu einander völlig widersprechen und nach obigen Ausführungen auch mit dem sachlichen Aufgabekreise der beiden Gewalten nicht übereinstimmen, wenn die Gewalt der vollziehenden Verwaltung vor derjenigen der Strafrechtsprechung zurückweichen müßte. Andererseits kann der Strafrechtsprechung nach den für letztere maßgebenden Bestimmungen nicht zugemutet werden, vor der Gewalt der vollziehenden Verwaltung zurückzuweichen. Indessen kann doch eine wichtige Art der Beeinflussung der Strafrechtsprechung durch die vollziehende Verwaltung festgestellt werden. Die vollziehende Verwaltung, jedenfalls soweit sie nicht Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft ist, wird die Strafrechtsprechung nur insoweit in Bewegung zu

setzen veranlaßt sein, als sie ihren Zwecken dient. Es ist auf den wichtigsten Kollisionsgebieten schon längst von den Verwaltungsbehörden das Opportunitätsprinzip angenommen worden, daß sie Strafanzeigen über strafbare Handlungen nur erstatten, wenn und soweit sie ihr zweckdienlich erscheinen.

Demgemäß führt die Möglichkeit der Festsetzung einer Kriminal- neben einer Exekutivstrafe für dieselbe Handlung praktisch zu den von der herrschenden Lehre verpönten sogenannten Doppelbestrafungen noch nicht. Praktisch wird die Behörde vielfach mit der Erreichung ihres Zweckes sich zufrieden geben und auf die Herbeiführung einer kriminellen Bestrafung des Verpflichteten keinen Wert legen. Und wenn das Strafrecht die tatsächlich in ganz Deutschland erfolgte Entwicklung mitmacht und das Opportunitätsprinzip für die Strafverfolgung im Gegensatz zum Legalitätsprinzip weiter ausbildet, schwächen sich die politischen Bedenken gegen die Konkurrenz von Kriminal- und Exekutivstrafe noch mehr ab. Soweit aber das gekennzeichnete Verhältnis der beiden Gewalten zu einander, wie es sich aus der reichsgesetzlichen Trennung der Justiz von der Verwaltung mit Notwendigkeit ergibt, vom politischen Standpunkt aus nicht befriedigen sollte, kann die Abhilfe nicht oder jedenfalls nicht allein in einer positiven Einschränkung der Zwangsgewalt erblickt werden. Vielmehr liegt die Verbesserungsbedürftigkeit in erster Linie in dem sogenannten Polizeistrafrechte nach der materiellen wie prozeßualen Seite.⁴³⁾ Indem die Gesetzgebung die Kriminalstrafe auf polizeilichem Gebiete gleich ausgestaltet hat wie auf dem eigentlichen kriminellen Gebiete, hat sie die Betroffenen unnötigerweise zu Kriminalverbrechern gestempelt, während sie andererseits den Zwecken der Verwaltung nicht gedient hat. Soll daher ein Zusammenhang zwischen Strafe und Zwangsgewalt hergestellt werden, so ist in erster Linie die Reform unseres Strafrechts einzuleiten und die sogenannte Polizeistrafe den Zwecken der vollziehenden Verwaltung dienstbar zu machen. Insofern greift die vorliegende Frage auch ein in die zur Zeit in Vorbereitung befindliche Strafrechtsreform. Bei der gegenwärtigen Gestaltung des Strafrechts aber kann die vollziehende Verwaltung nur in einer vollen Entfaltung ihrer Zwangsbefugnisse ihre Aufgaben befriedigend erfüllen.

⁴³⁾ Vgl. Makarewicz, Philosophie des Strafrechts, 1906, S. 90 ff. und die neuerliche theoretische Ausbildung des Polizeistrafrechts zum Verwaltungsstrafrechte von Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht, 1902, Goldammer's Archiv Bd. 49 S. 71.

Freilich ist sich die vollziehende Verwaltung in Deutschland über ihre eigene Lebenssphäre und über die ursprünglichsten Sätze ihres Verhältnisses zur Strafrechtsprechung nie recht klar geworden, es ist ihr noch nie eigentlich zum Bewußtsein gekommen, daß sie an die Entscheidungen der Strafgerichte nicht gebunden ist.⁴⁴⁾

Ein Teil der Gründe dieses mangelnden Selbstvertrauens der vollziehenden Verwaltung liegt wohl darin, daß sie es zu einer selbstständigen Aufstellung des für sie geltenden Rechtes nicht gebracht hat und deshalb überall Anlehnung an ein festgefügtes anderes Recht sucht, anstatt ihre Regeln sich selbst zu bilden. Ein Hauptteil dieser Gründe liegt aber eben darin, daß sie bei allen durch Kriminalstrafe verschärften Bestimmungen entsprechend der herrschenden Lehre glaubt, die eigene Tätigkeit einstellen und alles weitere dem Strafgericht überlassen zu müssen, das seinerseits nicht berufen ist, die öffentlichen Bestimmungen durchzuführen.

Indem nun die Strafgerichte die wichtigsten Fragen der öffentlichen Verwaltung von ihrem Standpunkt aus als Vorfragen oder als Hauptfragen von Bagatellstrafsachen in der vielfach widersprechendsten Weise zur Entscheidung bringen, die Behörden der vollziehenden Verwaltung ihrerseits, anstatt Streitfragen innerhalb der Verwaltung zur einheitlichen grundsätzlichen Entscheidung zu bringen, im Hinblick auf die ihnen gegenüberstehenden Rechtsgrundsätze und Entscheidungen der Gerichte ihre Tätigkeit entweder ganz einstellen oder bloß insoweit, als sie Verwandtschaft mit einer Straftätigkeit hat, insbesondere soweit ihre Zwangsgewalt im engeren Sinne reicht, ergibt sich ein eigentümlich zerfahrener und verworrener Rechtszustand in Deutschland. Allerdings führt diese Betrachtung sofort auf eine andere; eine Anzahl von Ge-

⁴⁴⁾ So mißbilligt der Einzelerlaß des preussischen Ministers des Innern vom 25. November 1884, Ministerial-Blatt S. 262, in scharfem Tone, daß eine Verwaltungsbehörde „an Stelle des zuständigen Gerichts“ gegen unerlaubten Wirtschaftsbetrieb einschreite; eine Verfügung des preussischen Ministers für Handel und Gewerbe vom 31. Dezember 1893, Ministerial-Blatt 1894 S. 22, weist entgegen den §§ 15₂ und 147₂ der Gewerbeordnung die Behörde an, gegen nichtgenehmigte Anlagen erst je nach Ausgang des Strafverfahrens mit Zwangsmaßnahmen vorzugehen. So ist es auch nur zu erklären, daß neuerdings auf Grund der mit einer 30jährigen anderen Praxis in Widerspruch stehenden Rechtsprechung einiger Oberlandesgerichte die Verwaltung gewisse Hilfs- und Nebenbetriebe der Eisenbahnen der Anwendung der Gewerbeordnung entzieht und sogar selbständige Pächter von Bahnhofswirtschaften als Eisenbahnunternehmer behandelt.

setzen in Deutschland, und namentlich diejenigen über die Arbeiterversicherung und die Gewerbeordnung, sind ohne genügende Berücksichtigung der Technik, das heißt ihrer Ausführbarkeit, gemacht worden, ja vielfach hat man absichtlich die Begriffe unbestimmt gelassen, um ihre Bestimmung der sogenannten Praxis zu überlassen, ohne zu bedenken, daß diese Praxis der eben bezeichnete verworrene Rechtszustand ist. Und besonders hat man sich nie Bedenken darüber gemacht, wenn über die am meisten grundlegenden Fragen in der Praxis die verschiedensten Auslegungen entstanden sind, man hat vielmehr, anstatt die unklaren Bestimmungen klar zu machen, ihnen noch neue, womöglich noch unklarere beigelegt. Es genügt in dieser Hinsicht auf die Gewerbeordnung zu verweisen, „die nicht aus einem Guß entstanden und nicht das Produkt einer konsequent ausgeführten gesetzgeberischen Idee ist, sondern ein Gebilde, an welchem verschiedene Generationen unter wechselnden Zeitanschauungen gearbeitet haben“ (v. Landmann, 4. Aufl., Bd. 1 S. 22), das nicht einmal seinen sachlichen Geltungsbereich abgegrenzt hat, das in den grundlegenden Fragen nicht mehr standfester ist und zu Streitigkeiten über die ursprünglichsten Fragen geführt hat, welche zur Zeit zwischen den verschiedenen Verwaltungen desselben Staates ausgetümpelt werden müssen (Hilfs- und Nebenbetriebe der Eisenbahnen).

Und diesem Zustande der Reichsgesetze steht zur Seite derjenige des Verwaltungsrechts der Einzelstaaten, dem der Aufbau auf fragwürdigen alten Rechtsruinen, die Zersplitterung in Einzelvorschriften und in territoriale Verschiedenheiten (preussisches Schul- und Wege-recht), die Schonung von Überbleibseln aufgegebenen Rechteinrichtungen, die Regelung im Wege des Kompromisses mit den Landständen auf Kosten der Folgerichtigkeit und der Zusammenhänge der einzelnen Bestimmungen eigentümlich ist, und das im ganzen eine Technik, insbesondere ein richtiges Verwaltungsverfahren, nicht ausgebildet hat und das Bild eines für den Theoretiker wie für den Praktiker unübersehbaren Gestrüpps mannigfach verschlungener Einzelbestimmungen aufweist.

So hat man in Deutschland auf dem Gebiete der öffentlichen Verwaltung eine Gesetzgebung, die vielfach die Durchführung ihrer Bestimmungen zwar fordert, aber technisch nicht ermöglicht, eine vollziehende Verwaltung, der die Durchführung der gesetzlichen Bestimmungen angeschlossen wird, aber die eigenen Mittel hierzu versagt werden, eine Strafrechtsprechung für die zum Schutze gewisser gesetzlicher Bestimmungen aufgestellten Strafbestimmungen, die eine Einheit im Reichsgerichte nicht finden kann und von der vollziehenden Verwaltung zum

Teil beachtet, zum Teil nicht beachtet wird, deren widersprechende Ergebnisse als interessante Rechtsfragen betrachtet werden, ohne daß man daran denkt, wie nachteilig für das eine einheitliche Durchführung seiner Bestimmungen fordernde öffentliche Recht und das öffentliche Wohl das Vorhandensein unsicherer Rechtszustände ist.⁴⁶⁾ In allen diesen Beziehungen ist die Verwerfung der herrschenden Lehre ein Durchbruchspunkt zur Besserung. Die Herstellung des hier vertretenen Verhältnisses der Exekutiv- zur Kriminalstrafe gibt der vollziehenden Verwaltung die eigenen Mittel zur Durchführung ihrer Aufgaben, verleiht ihr Vertrauen in die eigene Kraft und den Trieb zu eigener Betätigung. Damit gelangt die vollziehende Verwaltung zu einer eigenen umfassenden Verarbeitung und Auslegung des für sie bestimmten öffentlichen Rechtes, und die Zentralbehörden, die an dieser Arbeit in den an sie gelangenden Streitfragen teilzunehmen gezwungen sind, erhalten Fühlung mit der Tätigkeit ihrer Behörden und Einsicht in die praktische Bewährung der einzelnen Gesetzesbestimmungen, und da sie gerade an der Gesetzgebung mitzuarbeiten pflegen, fruchtbringende Anregung für die gute Instandhaltung der Gesetze und ein größeres Gefühl der Verantwortlichkeit für ihre gesetzgeberischen Handlungen.

Wenn in der Folge dieser Entwicklung der Schwerpunkt der Vollziehung der neueren Gesetze mehr als bisher in einer Selbsttätigkeit der Verwaltung und Einzelregelung der gebotenen Verhältnisse als in den allgemeinen Einflüssen der strafgesetzlichen Bestimmungen erblickt wird, so wird damit nur der wahren Sachlage Rechnung getragen. Denn mit den vielen neueren Strafbestimmungen und ihrer Unterwerfung unter den allgemeinen Strafbegriff und die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs, insbesondere mit der Anwendung des Grundsatzes der Einflußlosigkeit des Irrtums über das Strafgesetz auf die verwickeltsten neueren Gesetze, hat man nur den Zustand geschaffen,

⁴⁶⁾ Ein erschreckendes Bild hiervon gibt die von dem Abgeordneten Schiffer erhobene, von dem preussischen Minister des Innern zugestandene Tatsache, daß das Kammergericht in Berlin in den Jahren 1901 und 1902 60 Polizeiverordnungen aller Behörden, die Ministerialinstanz nicht ausgenommen, als ganz oder teilweise ungültig behandelt habe (Stenographischer Bericht des preussischen Abgeordnetenhauses 1904 S. 4451 ff.). Von anderer Seite ist ermittelt worden, daß in den Jahren 1900—1903 73 Polizeiverordnungen als ungültig und nur 32, also nicht einmal ein Drittel, als gültig behandelt wurden. Eine nähere Untersuchung zeigt, daß das Kammergericht hierbei vielfach mit sich selbst und mit dem Oberverwaltungsgericht in Widerspruch getreten ist.

daß die Empfindlichkeit für diese Strafen bei den Betroffenen abgestumpft wird und die Strafgerichte, die eben auch ein Einsehen haben, sie als Bagatellstrafen behandeln, zu Freisprechungen neigen selbst auf Schutzvorbringen hin, die die Verwaltungsbehörde sofort als unwahr erkennen würde, und die Strafen möglichst an der Grenze des Strafminimums halten. Wenn hieraus, wie dies vielfach geschieht, den Strafgerichten Vorwürfe dahin gemacht werden, daß sie die Bedürfnisse der öffentlichen Verwaltung nicht genügend berücksichtigen, so sind diese Vorwürfe nicht ganz berechtigt, denn die Strafgerichte haben lediglich ihre Zwecke zu verfolgen und nicht diejenigen der öffentlichen Verwaltung durchzuführen. Wichtiger als diese nutzlose Klage ist, daß die vollziehende Verwaltung selbst und ihre Rechtsprechung sich mehr als bisher ihrer Aufgaben bewußt werden und sich die Mittel zu deren Erfüllung wieder geben, deren sie sich unnötigerweise beraubt haben.



BK 2008

Digitized by Google

